

THÈSE DE
PARIS.

1887.
N^o. 87.

FACULTÉ DE DROIT DE PARIS

DES
DONATIONS ENTRE ÉPOUX

DANS LE DROIT ROMAIN, L'ANCIEN DROIT FRANÇAIS

ET LE DROIT ACTUEL

THÈSE POUR LE DOCTORAT

PAR

CHARLES LOROTTE

Avocat à la Cour d'appel.

PARIS

IMPRIMERIE MOQUET

11, RUE DES FOSSÉS-SAINT-JACQUES, 11

1887

FACULTÉ DE DROIT DE PARIS

DES
DONATIONS ENTRE ÉPOUX

DANS LE DROIT ROMAIN, L'ANCIEN DROIT FRANÇAIS
ET LE DROIT ACTUEL

THÈSE POUR LE DOCTORAT

Soutenue le Jeudi 30 juin 1887, à 4 heures

PAR

CHARLES LOROTTE

Avocat à la Cour d'appel.

Président : M. GÉRARDIN, Professeur

SUFFRAGANTS	{	MM. JALABERT	}	PROFESSEURS
		GARSONNET		
		LEFEBVRE		

PARIS

IMPRIMERIE MOQUET

11, RUE DES FOSSÉS-SAINT-JACQUES, 11

1887



Digitized by the Internet Archive
in 2026

A MES PÈRE ET MÈRE

DES DONATIONS ENTRE ÉPOUX

INTRODUCTION

1

Il semble, au premier abord, que le législateur ne devrait s'occuper des libéralités entre époux que pour détruire, en leur faveur, les obstacles qu'il aurait mis aux dispositions à titre gratuit entre toutes autres personnes, dans le double intérêt du donateur et de sa famille. Une loi qui supprime ou restreint seulement la liberté de témoigner l'affection que l'on porte à son conjoint et de lui assurer, en cas de survie, une position honorable, ne contrarie-t-elle pas le droit naturel? Mais la raison et l'expérience s'accordent à démontrer qu'une législation spéciale doit régir la situation toute particulière des conjoints : n'est-ce pas altérer la pureté de l'amour conjugal que de permettre à un époux de tirer profit de ses soins, de son dévouement? Ne peut-on craindre que le donateur n'ait cédé

à un entraînement passager, bientôt regretté, n'ait été séduit, violenté même par le donataire? Incapable de résister aux intrigues qui l'éloigneront de sa famille, aveuglé sur le mérite de son conjoint par d'habiles flatteries, l'époux faible de caractère se dépouillera presque inconsciemment. N'y a-t-il pas dans la vie commune un continuel danger de captation? Sans doute la situation de celui qui, demeuré seul, se voit enlever une partie de ses revenus au moment où ils lui sont le plus nécessaires, est digne d'intérêt; mais c'est à la loi de pourvoir à son sort par l'institution de gains de survie. Respecter la faculté naturelle de disposer à titre gratuit, tout en garantissant aux époux leur liberté d'action pour maintenir la dignité du mariage, tel est le délicat problème de législation qu'après bien des tâtonnements, ont ingénieusement résolu les juriscultes romains et français.

Moribus apud nos receptum est, ne inter virum et uxorem donationes valerent, nous dit Ulpien, sans nous avertir du temps où cette coutume s'introduisit. La prohibition n'existait pas encore au *vi^e* siècle, puisque la loi *Cinela* range les époux parmi les personnes contre lesquelles on ne peut se prévaloir de l'exception qu'elle fournit en général aux donateurs.

Savigny pense qu'on ne peut tirer aucune preuve de cette loi : pour cet auteur, le plébiscite de 550 U. C., s'applique aux donations à cause de mort, non encore assimilées aux legs, comme aux véritables donations

entre-vifs ; c'était pour les libéralités *mortis causa*, toujours licites entre conjoints, que l'ancienne liberté subsistait. Mais aujourd'hui l'on admet que la loi *Cincia* n'avait pas été faite pour les donations à cause de mort révocables *ad nutum*, et l'on tient pour certaine la validité des dons irrévocables entre époux à cette époque. Sous le règne d'Auguste, la prohibition existait déjà, puisqu'au titre *De donationibus inter virum et uxorem* (D., XXIV, 1), des textes de Labéon, contemporain de ce prince, la mentionnent. Vraisemblablement, elle s'établit définitivement dans les dernières années de la République, quand la décadence de la *conventio in manum* rendit plus sensible l'inconvénient de l'application du droit commun. Lorsque l'époux avait pris, pour gratifier son conjoint, la voie du testament ou de la *mortis causa donatio*, il trouvait dans la révocation un moyen de se repentir s'il croyait le donataire indigne de sa bienveillance, ou s'il venait à reconnaître que son consentement avait été surpris. Mais quel remède restait au donateur quand il avait consenti une donation entre-vifs naturellement irrévocable, sinon essentiellement ? Trop souvent on avait vu des personnes timides se dépouiller sous la menace d'une répudiation, l'intérêt allait-il maintenir un lien qu'avait formé l'affection ? La dignité du mariage était compromise, les devoirs les plus impérieux qu'il impose à ceux qu'il unit, étaient oubliés. L'opinion publique s'émut et jugea qu'un droit qui engendrait de tels abus était condamnable en soi.

Les jurisconsultes qui, sous l'influence des doctrines stoïciennes, s'étaient fait du mariage une haute conception, en voulurent bannir toute idée de lucre, et transmirent à leurs disciples cette belle maxime, *ne venalitia sint matrimonia*. A cette époque où le sentiment public faisait et défaisait les lois, blâmer un acte, c'était le défendre ; au reste, comme le seul intérêt des époux avait dicté la prohibition, les libéralités révocables telles que la donation à cause de mort et l'institution d'héritier restèrent permises. Les motifs que l'on avait trouvés de prohiber les dons entre époux étaient sérieux, mais l'obstination des intéressés à tourner la loi avertit les jurisconsultes de l'âge classique qu'il eût mieux valu peut-être restreindre la liberté que la supprimer : aussi, s'appliquèrent-ils de bonne heure à adoucir la rigueur de la prohibition ; ils émirent cette idée que le donataire ne devait pas répondre des sommes qu'il avait dissipées sous les yeux et avec le consentement tacite du donateur. Plus hardi, le législateur du ⁱⁱⁱ siècle de notre ère, rendit personnel au donateur le droit de se prévaloir de la nullité qui frappait les actes qui enfreignaient la coutume : puisque tout autre mode que la donation entre-vifs eut été valable, il ne voulut plus que les héritiers profitassent contre la volonté de leur auteur, d'un vice de forme pour agir en nullité : sous-entendre une déclaration de volonté, qui aurait validé l'acte comme disposition à cause de mort, si elle eut été exprimée, tel fut l'objet du sénatus-consulte

rendu en 206, sur la proposition d'Antonin Caracalla, associé à l'empire par son père Septime-Sevère. D'après le droit nouveau toute donation entre époux, nulle à l'origine, valut comme donation *mortis causa* par le prédécès du donateur en mariage, pourvu que le disposant n'eût pas changé d'opinion. C'était là une mesure pratique qui ne touchait pas au fond des choses : car il restait vrai de dire que les donations entre-vifs étaient interdites aux époux. Justinien, en décidant que la donation confirmée produirait effet rétroactivement au jour de l'insinuation, respectant mieux l'intention des parties qui avaient entendu disposer actuellement du bien donné. Sans doute un fait postérieur devait purger le vice originel de l'acte, et le donateur n'était pas lié, mais du moins la donation confirmée ne changeait plus de nature.

Ni le droit commun germanique, ni le très ancien droit français qui procédait du premier, ne connurent la prohibition des libéralités entre époux : le don mutuel au survivant de tout ou partie des biens du pré-mourant était même fréquent. Cependant, dans plusieurs provinces, la dépendance étroite dans laquelle l'autorité maritale contenait la femme, fit craindre que les donations qu'elle faisait à son mari ne fussent pas consenties librement et la coutume locale ne l'autorisa à se dépouiller qu'à sa mort au profit de son « baron ».

Au ^{xiv}^e siècle, les jurisconsultes qui faisaient du *Cor-*

pus juris la nourriture de leur esprit, se pénétrèrent *des belles raisons* du droit romain et firent proclamer la prohibition des donations et même des legs entre époux, jugeant sans doute que la révocabilité des testaments n'était pas une garantie suffisante contre les dangers d'une captation. C'est l'époux et non sa famille qu'ils entendent protéger; aussi la donation mutuelle, qui n'offre pas d'inconvénients puisque chacune des parties est à la fois donatrice et donataire éventuelle de la même somme ou quotité de biens, demeure en usage. Voici comment s'exprime J. de Bouteiller à ce sujet : « Si sachez que la donation que le mari ferait à sa femme durant le mariage ne vaut selon que les sages usent. Et la raison si est que si le mari donnait à sa femme, il semblerait que ce fut par ardente luxure; et si la femme donnait à son mari, il semblerait que ce serait plus par crainte que par autre raison et pour ce tels dons ne sont à recevoir ne à soutenir, car ils n'ont point de couleur raisonnable, ni tolérable. » Plus tard, on invoquera le droit des héritiers légitimes, et, en leur faveur, on restreindra le don mutuel. Marion, avocat du xvii^e siècle, insiste sur le danger pour la famille des libéralités entre époux : la loi ne doit pas « refroidir la ferveur du sang envers leurs cognats » en permettant qu'ils puissent s'instituer réciproquement.

Les époux trouvaient dans la combinaison du régime de communauté et du don mutuel le moyen d'as-

surer la situation du survivant : la veuve pouvait se contenter de son douaire. Aussi bien, ce fut la suppression des gains de survie qui porta le législateur de l'an II, à rendre aux conjoints la liberté naturelle de disposer l'un envers l'autre à titre gratuit. Les rédacteurs du Code civil ne voulurent pas revenir à l'ancienne prohibition regardée comme trop sévère par certains commentateurs des coutumes (Ferrières et Basnage); mais ils comprirent et acceptèrent les motifs qui avaient guidé le droit romain : toutefois, ils n'en tirèrent pas la même conséquence.

Ils facilitent l'accomplissement de la dette que contractent, pour ainsi dire, les époux de s'aider au delà du terme de leur existence en leur permettant non seulement les legs et les donations de biens présents, mais encore celles de biens à venir. En leur faveur la règle donner et retenir ne vaut, sera effacée dans toutes ses déductions; mais le donateur restera toujours libre de révoquer la libéralité qu'il regrette : le législateur le fait, comme l'a dit un jurisconsulte, juge en sa propre cause. Notre loi atteint ainsi le plus simplement le but qu'elle s'était proposé : concilier la liberté et l'intérêt des époux. Elle ne supprime pas un mode de disposer, elle ne crée pas un acte hybride comme avait fait le législateur romain; elle efface un effet de la donation entre-vifs ordinaire, sans changer sa nature de contrat; elle interdit aux époux, une clause qu'elle impose aux autres donateurs : l'irrévocabilité.

DROIT ROMAIN

J'ai dit à quelle époque, et pour quels motifs les donations furent prohibées entre époux ; je dois, maintenant, expliquer comment les jurisconsultes entendirent la prohibition ; les limites qu'elle reçut de la jurisprudence et des constitutions impériales ; j'étudierai ensuite la portée du sénatus-consulte de Caracalla, et les réformes de Justinien ; je dirai, enfin, quelques mots de la quotité disponible entre conjoints.

CHAPITRE PREMIER

DE LA PROHIBITION DES DONATIONS PENDANT LE MARIAGE

SECTION PREMIÈRE

PERSONNES ATTEINTES PAR LA PROHIBITION

La nullité des donations que pourraient se faire les époux est un effet civil temporaire des *justæ nuptiæ* : ni le mariage du droit des gens, ni le concubinat ne met-

tent obstacle aux libéralités entre les personnes engagées dans ces unions. Car, on doit considérer comme un privilège, un *jus singulare*, la faculté accordée par l'empereur Caracalla aux militaires de reprendre ce qu'ils ont donné à leurs *focariæ* (C., L. 2, V, 16). Et, d'ailleurs, toute comparaison doit être écartée entre les époux et les concubins par les interprètes, qui ne regardent pas le concubinat comme un mariage d'ordre inférieur, mais comme une liaison tolérée, mise *extra pœnam legis* par le législateur lui-même.

Supposons que le *jus connubii* manque d'une manière absolue ou relative aux prétendus époux; puisque la coutume n'interdit les libéralités qu'*inter virum et uxorem*, la validité des donations s'impose en droit strict toutes les fois que le mariage est privé d'effets civils. La jurisprudence impériale posa ce principe, mais refusa, dans presque toutes les hypothèses, de l'appliquer, afin de ne point paraître traiter ceux qui avaient enfreint les lois, avec plus de faveur que les époux légitimes (D., L. 3, § 1, XXIV, 1). La raison invoquée dans ce texte n'a de valeur que si le donataire, ou le donateur, est de mauvaise foi; le donateur a-t-il ignoré l'empêchement, ou en faveur de sa condition le répute-t-on ignorer le droit? il reprend les biens donnés par une action utile (C., L. 7, V, 16); est-il, par sa mauvaise foi, indigne de recouvrer son bien? le fisc réclame l'objet de la donation (D., L. 32, § 28, XXIV, 1). Mais faut-il pen-

ser que les donations sont maintenues, quand les deux parties ont ignoré l'empêchement? Sans doute, toute idée de peine doit être écartée, mais un motif très juridique permet d'annuler les donations, même en ce cas; en effet, le donateur ayant entendu gratifier son conjoint, non un étranger, il y a erreur sur l'état du donataire. Ulpien émet cet avis dans un cas spécial, celui où l'obstacle au mariage est l'impuberté.

Dans cette hypothèse, une controverse s'était élevée entre Julien qui validait toujours les donations, et Ulpien, d'accord avec Labéon, pour exiger que des fiançailles eussent précédé le mariage des impubères (D., L. 32, § 27, XXIV, 1). En effet, s'il y a erreur dans les deux cas, puisque la donation a pour cause le mariage, elle n'a paru assez grave aux jurisconsultes que dans le premier; le donateur eut-il gratifié le donataire, s'il avait connu l'empêchement? Au contraire, dans le second, la donation trouve une juste cause dans les fiançailles.

La prohibition qui commence avec le mariage ne lui survit pas (D., L. 27, 64, XXIV, 1), comme je l'ai fait pressentir. Il importe donc de préciser les deux moments qui en limitent la durée. Il est établi par les textes qu'aucune solennité n'était requise, que la consommation du mariage n'était pas exigée (D., L. 66, XXIV, 1; 7, XXIII, 2) pour la formation des *justæ nuptiæ*; mais le consentement suffisait-il? Les anciens commentateurs l'ont cru, et pour eux, le mariage était

un contrat consensuel; mais cette opinion ne cadre pas avec certaines décisions bien connues. Les interprètes modernes, sans exiger la tradition de la femme au mari, estiment qu'elle devait jouir de la possession d'état d'épouse légitime; car le mariage est plutôt un certain état de fait qu'un contrat, certains effets de droit y sont attachés, mais il n'engendre aucune action. Justinien ne modifia pas ce principe, puisqu'il n'exige la rédaction d'un *instrumentum dotis* que des sénateurs et des personnes illustres (nouvelle 74, cap. iv). Je n'ai rien à dire de la mort de l'un des époux; la répudiation avait été soumise par la loi *Julia de adulteriis* à une forme solennelle : le *libellus repudiî* devait être signifié par un affranchi de l'époux divorçant en présence de sept témoins pubères et citoyens (D., L. 9, XXIV, 2); quant au *divortium bona gratia*, il ne fut point réglé, lacune qui laissait incertaine la dissolution du mariage dans un assez grand nombre de cas. Aussi, pour que le divorce paraisse sérieux, les jurisconsultes exigent qu'un temps assez long se soit écoulé, ou qu'un second mariage ait été contracté (D., L. 64, XXIV, 1).

Si l'on tient compte de ce qu'en droit classique la convention de donner n'est pas obligatoire et doit se compléter par un acte qui fournisse au bénéficiaire une action ou une exception contre le donateur, on saisira mieux la portée de la prohibition : d'une part, toute libéralité convenue avant le mariage, mais exé-

culée durant l'union conjugale, sera interdite; d'autre part, toute donation qui n'aurait effet qu'après la dissolution du mariage deviendra licite. Les textes nous offrent plusieurs exemples. Gordien annule une donation entre fiancés faite sous cette réserve *ut dominium ejus quod donatum est adipiscatur, cum nuptiæ fuerint secutæ* (C., L. 4, V, 3). Ulpien applique le sénatus-consulte de Caracalla à une libéralité conçue en termes semblables (D., L. 32, § 22, XXIV, 1). Le même juris-consulte suppose une interposition de personnes. Un fiancé remet à un tiers un objet pour qu'il le fasse tenir à sa future épouse; si la personne interposée est mandataire du fiancé, l'exécution de son mandat doit précéder le mariage, car elle parfait la donation; si elle agit au nom de la femme, peu importe l'époque où l'objet est remis aux mains de la donataire, puisque c'est la première tradition, antérieure par hypothèse au mariage, qui a réalisé la donation (D., L. 5, pr., XXIV, 1).

Mais autre chose est subordonner une libéralité au mariage, autre chose se faire, pour ainsi dire, payer son consentement. En effet, s'il est très naturel que la rupture des fiançailles entraîne la révocation des donations dont elles avaient été la cause, on ne comprend pas que le mariage devienne un marché. Aussi bien, Celsus ne traite pas comme donation entre époux une stipulation conçue en ces termes : *si tibi nupsero, decem dari spondes*; il pense que le prêteur doit, après

examen, refuser l'action, car le motif d'une telle stipulation est rarement louable (D., L. 97, § 2, XLV, 1). La nécessité d'une *cognitio causæ*, la possibilité d'agir exceptionnellement, démontrent suffisamment que la nullité du contrat ne dérive pas d'une règle précise de droit, mais provient d'une considération d'ordre public. Le sénatus-consulte ne s'appliquera pas, et si la promesse a été exécutée, le créancier obtiendra par la *condictio sine causa* la somme entière, et non pas l'enrichissement conservé au jour de la *litis contestatio*.

Les libéralités qui s'exécutent après le mariage sont les donations *exsiliï*, *divortii*, *mortis causa*; mais leur importance ne me permet pas de les examiner à cette place; j'y consacrerai toute une section, d'autant plus qu'entre époux, les donations *mortis causa* présentent certains caractères spéciaux.

La prohibition atteint les donations qu'un des époux ferait parvenir à l'autre par l'intermédiaire d'une personne interposée, et à cet égard, la jurisprudence romaine a établi des présomptions qui se fondent sur l'unité juridique de patrimoine et non sur le sentiment d'affection. Ainsi, l'un des époux ne peut donner aux personnes qui sont en la puissance de son conjoint (et ce mot de puissance ne comprend pas seulement les descendants, mais aussi les esclaves), comme il ne saurait non plus gratifier celui qui a la *patria potestas* sur son conjoint, ainsi que ceux qui sont soumis à la même puissance; c'est que le même patrimoine com-

mun au chef de famille et à ses enfants, *alieni juris*, s'appauvrit ou s'enrichit. Mais que l'émancipation vienne à rompre cette unité de patrimoine, les donations deviendront licites entre l'émancipé et le conjoint de son ancien agnat. L'introduction successive des pécules *castrense* et *quasi castrense*, des *bona adventitia*, a permis aux fils de famille d'échapper dans une certaine mesure à la prohibition; sous Justinien, un fils de famille peut recevoir de sa mère comme il peut disposer à son profit de la pleine propriété de ses pécules, de la nue propriété de ses biens adventices. Toutefois, le lien de puissance conserve en principe tous ses effets, ainsi qu'il résulte de la loi 25 au Code (V, 16).

SECTION II

CARACTÈRES DE LA DONATION PROHIBÉE

La donation n'est pas un acte juridique spécial, mais la cause possible de tous les *negotia juris*; l'intention chez l'aliénateur de procurer un bénéfice, un enrichissement gratuit à l'acquéreur, que la perte du droit résulte d'une dation, d'une obligation, d'une libération ou d'une omission. On m'objectera peut-être que cette formule n'exprime qu'une vérité relative aux modes généraux de créer, de céder, et d'éteindre les

droits réels et de créance, comme la tradition, la stipulation, la novation, etc.; certains contrats n'excluent-ils pas toute idée de libéralité, comme d'autres la contiennent par définition ? Ce n'est là qu'une apparence; les contrats à titre onéreux renferment une donation, quand intentionnellement les obligations réciproques ne sont pas équivalentes; les contrats de bienfaisance dictés par le devoir de l'amitié, n'apportent le plus souvent aucun changement appréciable à l'état du patrimoine. C'est pour marquer la véritable nature de la donation, qu'Ulpien écrit : *Quæ inter virum et uxorem donationis causa geruntur, nullius momenti sunt* (D., L. 3, § 10, XXIV, 1).

Mais comment faut-il entendre entre époux cette règle qu'à l'appauvrissement du donateur doit correspondre un enrichissement sérieux du donataire ? La jurisprudence romaine, trouvant dans la situation même des conjoints un motif puissant d'adoucir la rigueur de la prohibition imaginée dans l'intérêt de ceux qu'elle atteignait, exigea pour prononcer la nullité d'une donation que le capital du donateur en fût diminué, que l'enrichissement du donataire subsistât au jour de la *litis contestatio*. Je vais successivement démontrer ces deux propositions.

D'une façon générale, l'appauvrissement résulte d'une aliénation que ne compense pas une acquisition équivalente et reconstitutive du patrimoine : négliger un enrichissement n'est pas s'appauvrir; ai-je besoin

d'ajouter que l'acte doit être dicté par l'*animus donandi*? Quand un des époux fait à l'autre tradition d'une *res aliena* qu'il ne peut usucaper, la donation est valable et le donataire est mis *in causa usucapiendi* pourvu qu'il soit de bonne foi (D., L. 25, XXIV, 1). La libéralité n'a enlevé au donateur que la simple possession que, malgré ses effets puissants, l'on ne compte pas dans les biens, car Ulpien vise la *possessio civilis ad usucapionem* quand il écrit : *inter virum et uxorem nec possessionis ulla donatio est* (D., L. 46, XXIV, 1); en effet, quand une donation a été exécutée par voie de tradition, le conjoint donataire est réputé posséder *pro possessore*, comme tous les possesseurs dont la détention ne se fonde pas sur un acte juridique (D., L. 16, XLI, 2). Mais une objection se présente : l'erreur du donataire qui croit son conjoint propriétaire, ne met-elle pas obstacle à l'usucapion? Aucunement, car dans les conventions, la qualité des parties n'est pas prise en considération. La caution réelle qui fournit un gage, consent une hypothèque pour la dette d'autrui, ne fait de donation non plus que le créancier qui renonce à ses garanties (D., L. 18, XLII, 8). Sans doute, la femme ne peut renoncer au droit général d'hypothèque que la loi lui accorde pour la répétition de sa dot immobilière, mais cela résulte de l'inaliénabilité des immeubles dotaux. Au reste, le jurisconsulte n'est pas très affirmatif : s'il opine en faveur du maintien de la remise de gage, c'est qu'elle lui paraît nuire plutôt aux

créanciers du donateur que profiter au donataire. La répudiation d'une hérédité ou d'un legs dans le but de gratifier le substitué, l'héritier légitime, ou le débiteur de la charge héréditaire, ne constitue pas une donation et même, à la différence d'une constitution ou d'une remise de gage, échappe à l'action paùlienne (D., L. 5, § 13, XXIV, 1); car le patrimoine de celui qui néglige une occasion de faire un bénéfice ne diminue pas : or c'est précisément le cas de l'héritier externe et du légataire.

Comment comprendre alors qu'une femme se constitue en dot un legs qu'elle est appelée à recueillir, en y renonçant au profit de son mari ? C'est que dans cette espèce, la renonciation n'est plus un acte indépendant en droit des conséquences qu'il amène en fait, mais un moyen expéditif d'exécuter une convention antérieurement formée (D., L. 14, § 3, XXIII, 5).

L'usage gratuit d'une somme d'argent ou d'objets mobiliers est regardé comme un commodat et non comme une donation proprement dite (D., L. 15, § 14; L. 18, XXIV, 1) : la remise ou la modération des intérêts futurs est possible, ainsi que le paiement anticipé d'une dette improductive (D., LL. 31, § 6, XXIV, 1; 23, XXXIX, 5). Sans doute, celui qui jouit gratuitement d'un capital mobilier s'enrichit puisqu'il économise le loyer de l'argent, mais le prêteur ne s'appauvrit pas, car on ne retire pas seulement profit d'une somme en la plaçant à intérêts, mais aussi en l'employant soit à

se libérer, soit à faire des acquisitions. On ne saurait en dire autant de la jouissance des immeubles qui ne valent que par les fruits retirés de leur exploitation. Tandis que l'intérêt est le produit accidentel de l'argent, les loyers et les fruits sont le profit exclusif de la terre et des maisons. Cette distinction très logique entre les fruits et l'intérêt, n'a pas été aperçue par tous les jurisconsultes. Aucun texte, il est vrai, ne vise la donation directe et principale de fruits entre époux ; car le fragment de Pomponius qui décide que l'un des époux peut habiter gratuitement chez l'autre se place dans une espèce toute particulière : le mari doit recevoir sa femme, et, celle-ci, en logeant son époux, remplit un devoir de *pietas uxoria* (D., L. 18, XXIV, 1). Il n'y a aucun inconvénient, je pense, à rapprocher de la donation portant directement sur la jouissance d'un immeuble, celle qui, ayant pour objet principal un fonds en comprend implicitement les fruits. Si l'on se réfère aux règles de la loi *Cincia* et à la nécessité de l'insinuation, on ne peut comparer les deux espèces de libéralités ; mais au point de vue de la perte subie par le donateur, l'analogie est évidente. Je suppose donc que la donation porte sur un immeuble : le donataire, obligé de restituer le capital, en garde-t-il les fruits ? Marcellus exige que l'époux fasse raison de tous les profits qu'il a tirés de la chose. Pomponius lui refuse les fruits naturels, lui accorde les fruits industriels, croyant ainsi le récompenser de ses soins, mais il ou-

blie que les frais de récolte prélevés, il reste au cultivateur un bénéfice net. Julien et Ulpien, assimilant les fruits aux intérêts, ne les englobent dans la restitution de la *causa rei* (D., L. 17, 49, XXIV, 1; 45, XXII, 1), qui, pour eux, ne comprend que les simples produits. Tous les jurisconsultes s'accordent à refuser au donataire le *partus ancillæ*, et les acquisitions de l'esclave donné; toutefois, si l'époux a fourni la contre-valeur, il peut la réclamer ou même user du droit de rétention (D., L. 17, § 1; 19, XXIV, 1). Ainsi, la *causa rei* n'a pas une étendue fixée; d'après les uns elle ne renferme que les produits, d'après les autres elle contient aussi les fruits. Ce fut la solution la plus favorable qui prévalut. Une constitution d'Alexandre Sévère, suppose que le mari a laissé la femme jouir des biens dotaux : il ne l'autorise à répéter les fruits qu'en considération de leur caractère (C., L. 8, V, 16). En effet, les auteurs sont unanimes à prohiber la donation des revenus dotaux que le mari doit employer à soutenir les charges du mariage (D., L. 22, XXIII, 4; L. 21, § 1, XXIV, 1). L'engagement pris par la femme de s'entretenir avec les revenus de la dot ne justifierait pas, comme on le pense trop souvent, l'abandon que lui en ferait le mari; car, c'est seulement l'emploi des deniers conformément à l'intention des parties, et non leur destination, qui valide l'acte. Il faut en dire autant des pactes conclus *annui nomine*, nuls en eux-mêmes, comme renfermant une donation prohibée. (*L'annuum*, on le sait, est

a pension servie par le mari à sa femme pour ses besoins personnels.) Celle-ci ne peut contraindre judiciairement son conjoint à lui payer la somme convenue mais elle est dispensée de rendre ce qu'elle a consommé (D., L. 28, § 7, XXIV, 1). Je m'expliquerai plus tard sur les conséquences de la consommation de la valeur donnée : je passe au second élément constitutif des donations.

Il n'y a pas de libéralité sans l'intention d'enrichir : à plus forte raison, l'acte d'un tiers ne peut suppléer au consentement de celui qu'il dépouille. L'héritier qui acquitte les legs et les fidéicommiss sans retenir la quarte à laquelle il a droit, exécute pleinement les volontés du défunt, ne fait pas de donation aux légataires (D., L. 5, § 15, XXIV, 1). Il est des circonstances où l'aliénateur enrichit l'acquéreur sans poursuivre directement ce but. Celui qui achète sciemment au-dessus de sa valeur un objet qu'il juge nécessaire, ou qui en vend un à vil prix parce qu'il a besoin d'argent, n'a pas l'intention de gratifier l'autre partie. Aussi bien, les jurisconsultes ne prohibent-ils dans les contrats synallagmatiques que les clauses insérées *donationis causa* (D., L. 31, § 3, 5, XXIV, 1). Si le contrat n'est pas sérieux, mais déguise une donation sous le nom de vente, louage, ou société, l'acte est toujours nul pour le tout, (D., L. 32, § 24 ; 52, XXIV, 1). Il n'y a point, en effet, *negotium mixtum cum donatione*, mais *donatio sub titulo negotii*. Toutes les fois, d'ailleurs, que l'enrichissement

procuré au conjoint n'est que la conséquence non préméditée d'un autre acte licite, la libéralité ne peut être prohibée (D., L. 3, § 2, XXIV, 1). Quand un mari constitue gratuitement une servitude au profit d'un fonds commun à un tiers et à sa femme, la donation est valable. Je suppose la femme tenue solidairement avec une tierce personne d'une obligation envers son mari : elle ne pourra être directement libérée par ce dernier ; mais s'il y a société entre les codébiteurs, la remise consentie à l'autre obligé lui profitera, car autrement le créancier n'atteindrait pas son but. Dans les concordats, la remise partielle que le débiteur obtient de ses créanciers est moins une donation que la condition même de l'accord intervenu entre les intéressés ; cette convention est donc licite entre époux. L'insertion d'un *modus* au profit du donateur ou d'un tiers restreint plutôt la libéralité qu'elle n'en altère la nature : la donation *sub modo* reste prohibée entre les conjoints, car d'une part la charge est inséparable du bénéfice, d'un autre côté, le but principal du donateur est l'enrichissement du donataire.

C'est également en scrutant l'intention des parties que l'on rangera la donation rémunératoire dans la classe des actes gratuits ou dans celle des actes intéressés ; cependant plusieurs interprètes ont voulu la considérer en elle-même pour la classer, ils se sont alors trouvés en présence de textes en apparence contradictoires, mais en réalité concordants, puisqu'ils dé-

cident suivant la volonté du donateur. Paul suppose que *Primus* a fait une donation à *Secundus* pour le récompenser d'un important service qu'il lui aurait rendu ; mais c'est une erreur : le donataire n'a rien fait pour le donateur ; peu importe, la *condictio ob rem dati* est refusée à ce dernier parce qu'avant tout, son intention a été de gratifier *Secundus* (D., L. 65, § 2, XII, 6). Papinien expose l'espèce suivante : *Aquilius Regulus*, voulant remercier son ancien maître, le rhéteur *Nicostrate* de ses soins dévoués, l'avait autorisé à s'établir dans un petit appartement de sa maison. Une contestation s'éleva, à la mort de *Regulus*, sur la nature de l'acte. La concession du droit d'usage devait-elle être considérée comme donation, et alors la loi *Cincia* eut protégé le donateur, ou comme un supplément d'honoraires, et dans ce cas, la quasi-tradition eut suffi à garantir *Nicostrate* contre l'éviction ? C'est pour ce dernier parti qu'opte l'auteur s'appuyant sur l'intention de *A. Regulus* (D., L. 27, XXXIX, 5). Puisque la donation rémunératoire, est tantôt un acte gratuit, tantôt un acte intéressé, sa validité entre époux est une question de fait. Je ferai cependant remarquer que la récompense allouée à celui qui nous sauve la vie a le caractère indiscutable d'une rémunération, et comme le service rendu est inappréciable, l'acte échappe à toutes les règles restrictives des donations (D., L. 34, § 1, XXXIX, 5).

Je suppose qu'un tiers donne à la femme un bien

appartenant au mari (D., L. 44, XXIV, 1). Si les deux conjoints croient le donateur propriétaire, la donation sera valable, parce que l'époux ignore son appauvrissement ; même solution, si l'épouse seule vient à connaître la vérité, car l'*animus donandi* fait encore défaut au mari. Mais la connaissance qu'il aurait de son droit suffirait-elle à faire tomber l'acte sous le coup de la prohibition ? ou est-il de plus nécessaire que la femme sache son mari propriétaire ? Plusieurs interprètes ont adopté ce dernier parti, en se fondant sur deux arguments. La coutume, disent-ils, n'a interdit aux époux que les libéralités issues d'une entente préalable : peut-on, en effet, accuser de captation celui qui ignore l'intention généreuse du donateur ? Mais dans ce texte même, Nératius permet à la femme de s'enrichir à l'insu de son mari. Je réponds que la prohibition est conçue dans les termes les plus généraux ; qu'Ulpien défend à la femme de prendre à sa charge une obligation qui pèse sur le mari, et de laisser s'éteindre une servitude par le non-usage ; et qu'il ne suppose pas que ces sortes de donations résultent d'un pacte (D., L. 5, § 6, XXIV, 1). Mais alors même que les libéralités non conventionnelles seraient illicites entre époux, l'acte est maintenu quand le mari seul connaît son droit de propriété, car la tradition émanée du tiers constitue pour la donataire une *justa causa usucapiendi* que le silence calculé du propriétaire est impuissant à changer. En effet, dans l'hypothèse où les conjoints

sont d'accord pour laisser les choses en état, le jurisconsulte imagine la possession interrompue par une double tradition fictive. La donation n'est interdite que par le secours d'une fiction inapplicable à l'autre espèce. Cet argument, plus difficile à réfuter, n'est cependant pas péremptoire. Celui qui laisse usucaper son bien, semble l'aliéner, dit Paul (D., L. 28, L, 16), et cet adage ne doit pas se restreindre au propriétaire qui s'est dépouillé volontairement, mais à celui qui a la chose *in potestate*, c'est-à-dire qui peut la revendiquer (D., L. 215, L, 16). Le consentement tacite du mari à l'usucapion ajoute quelque chose au titre du possesseur; avoir la chose *in potestate*, c'est presque la posséder et n'est-ce pas parce que le propriétaire qui ne réclame pas, pouvant le faire, l'objet qui lui a été volé, semble être rentré dans sa possession, que le vice disparaît. Si celui qui tient du voleur la *res furtiva* voit ainsi sa position améliorée, sans que son titre soit anéanti, il est très légitime d'affirmer que le mari aliène son bien en laissant courir l'usucapion au profit de la femme, quoique son titre ne soit pas non plus interverti. Il semble, d'après la leçon vulgaire, que l'auteur après avoir admis l'interruption de la prescription se ravise et la rejette même dans l'hypothèse où les deux époux connaissent la propriété du mari; mais on s'accorde aujourd'hui à commencer la quatrième phrase par les mots *ipsius mulieris scientia*;

cette légère correction donne un meilleur sens et supprime toute contradiction.

J'arrive au dernier élément des donations, l'enrichissement du donateur. Toutes les fois que l'acte ne procure à l'époux aucun bénéfice pécuniaire, parce que la valeur de l'objet donné doit disparaître au moment précis où l'aliénateur se dépouille, il n'y a pas donation. Ainsi, l'un des époux cède valablement à l'autre un terrain destiné à devenir *locus publicus* ou *religiosus* comme il peut lui livrer un esclave pour qu'il l'affranchisse : en mettant à la tradition cette réserve qu'il conservera la propriété du terrain jusqu'au moment où il recevra sa destination, que l'esclave demeurera sien jusqu'à l'instant de l'affranchissement. L'avantage que l'époux tire de la détention précaire de l'esclave n'est pas illicite, et les *jura patronatus* ne sont point comptés dans les biens (D., L. 5, § 8 ; 7, § 9 ; 9, § 1, XXIV, 1). Dans ces deux cas, il n'y a pas d'enrichissement puisqu'il est anéanti aussitôt qu'obtenu. Mais la donation disparaît indirectement quand l'époux gratifié en a perdu le profit. C'est là un principe introduit à la suite d'un rescrit d'Hadrien, consacré par le sénatus-consulte de Caracalla, mais restreint par l'ancienne jurisprudence aux cas où la perte résultait d'un risque, soit de la volonté même de l'aliénateur. L'équité commandait, en effet, que le donateur, exempt de toute faute, échappât à toute action. Marcellus admet qu'une femme puisse faire parvenir à son fils une donation par

l'intermédiaire de son mari (D., L. 49, XXIV, 1). Si une femme donne un immeuble à son mari, et que celui-ci, du consentement de la donatrice, dote leur fille commune avec ce fonds, la première donation, nulle à l'origine; deviendra valable (D., L. 34, XXIV, 1). Labéon suppose qu'un des époux achète un esclave avec l'argent fourni par son conjoint et qu'il lui donne ensuite cet esclave; quoique faite *donandi animo*, la tradition doit produire tous ses effets parce qu'elle épuise l'enrichissement du donataire au profit du donateur (D., L. 67, XXIV, 1).

Le consentement du donateur à la dissipation des deniers pouvait être tacite. Quand le mari, au lieu de se charger directement de l'entretien de sa femme, la laissait jouir de sa dot ou lui servait une pension dans le but de faire face à ses besoins personnels, l'emploi des sommes touchées rendait, comme je l'ai dit, toute réclamation impossible. La donataire, en effet, ne s'était pas enrichie, quelle que fût la nécessité de la dépense, puisque normalement elle incombait au donateur. Si l'un des époux donnait à l'autre une somme d'argent pour lui permettre d'acheter quelque objet dont il eut besoin, un esclave, par exemple, l'enrichissement du donataire se mesurait à la valeur vraie du bien acquis et non à la somme déboursée (D., L. 50, § 1, XXIV, 1).

Lorsque le donataire avait perdu le profit de l'acte par un fait à lui imputable, les anciens juriconsultes

le considéraient comme l'ayant conservé, parce que, d'après le droit commun, il était responsable envers le donateur (D., L. 14, X, 4). C'est ce que je montrerai mieux en traitant de la sanction de la prohibition des donations entre époux. Je remarque aussi qu'après une première aliénation de l'objet donné, le conjoint était regardé comme définitivement enrichi, quoi qu'il arrivât par la suite, et que d'ailleurs il commettait un dol en disposant de ce qui ne lui appartenait pas (D., L. 29, pr., XXIV, 1).

Cette rigueur, cependant, parut excessive aux auteurs du second siècle : Julien hésite à rendre le donataire toujours responsable de son dol (de la faute il n'est déjà plus question) ; il tient compte des circonstances (D., L. 37, XXIV, 1). Pomponius assimilait l'époux à un possesseur de bonne foi, comme je l'ai déjà indiqué, et critiquant l'opinion de Fulcinius, il rejetait sur le donateur la diminution de valeur ou de substance de l'objet donné, même après plusieurs aliénations successives (D., L. 45, XXII, 1 ; L. 29, XXIV, 1). Hadrien décida qu'en cas de donations réciproques, si l'un des époux avait conservé l'enrichissement provenu de la libéralité, tandis que l'autre l'avait consommé, il y aurait lieu à compensation. N'était-ce pas admettre implicitement que le donateur n'avait pas d'action contre le dissipateur ? En effet, le rescrit ne fait pas de la compensation un moyen général de règlement, il autorise la partie que la nouvelle jurispru-

dence tend à désarmer, à s'en servir comme une arme défensive (D., L. 7, § 2, XXIV, 1). Je conclus du rapprochement de tous ces textes, que pour les auteurs qui écrivirent sous les Antonins, tant que le donateur ne révoquait pas la donation, le donataire qui aliénait ou consommait la chose était présumé agir avec son consentement tacite; que cette présomption de bienveillance cessait après le divorce ou une grave inimitié. Désormais la destruction et l'aliénation volontaires de l'objet donné ne sont plus dolosives, que si elles se manifestent à un moment où le donataire est sous le coup d'une révocation imminente : car elles ne s'expliquent que par le désir d'échapper aux poursuites du donateur. Il n'est pas douteux que ce premier adoucissement de la rigueur de l'ancien droit n'ait été imaginé contre les héritiers, irrespectueux des volontés de leur auteur; aussi bien le sénatus-consulte de Caracalla qui réservait le *jus pœnitendi* au seul donateur, décida que la consommation de l'enrichissement validerait la donation *ex post facto*, et que pour apprécier le bénéfice du donataire, l'on devrait se placer au jour de la *litis contestatio*. Mais comme il n'est pas fait allusion à la destruction volontaire et dolosive de la chose, dans ce cas, l'enrichissement primitif était censé maintenu. Je pense que le décret du Sénat fit plutôt cesser les controverses qui divisaient les jurisconsultes sur ce point qu'il n'innova. On s'était accordé à traiter le conjoint donataire moins sévèrement qu'un tiers déten-

teur quelconque, sans s'entendre sur l'étendue de faveur dont sa position le rendait digne; le sénatus-consulte porta l'indulgence à ses dernières limites.

Voici maintenant des hypothèses où la libéralité est maintenue, bien que tous les éléments de la donation prohibée, se retrouvent. Les conjoints peuvent se faire des présents d'usage aux kalendes de Mars, aux fêtes de Saturne, à l'anniversaire de leur naissance (D., L. 31, § 8, XXIV, 1).

L'empereur Antonin le Pieux permit les donations *honoris causa* destinées à obtenir au mari la dignité de chevalier ou le droit de porter le laticlave (D., L. 40, 42, XXIV, 1).

Cette décision fut inspirée par une pensée politique et non par un sentiment de bienveillance, comme le croit Gaius. Paul nous enseigne que l'on déclarait licites entre époux les donations de sommes destinées à la reconstruction d'une maison incendiée (D., L. 14, XXIV, 1). Décider ainsi, c'était violer cet axiome de bon sens : celui auquel on évite une dépense s'enrichit dans la mesure où il épargne ses propres deniers. Enfin Justinien affranchit de toutes restrictions les libéralités entre l'empereur et l'impératrice (C., L. 26, V, 16).

SECTION III

SANCTION DE LA PROHIBITION

La prohibition des donations entre époux a pour énergique sanction la nullité des actes juridiques passés *donationis causa* (D., L. 3, § 10, XXIV, 1). Ainsi la mancipation ne transfère pas la propriété, la stipulation n'oblige pas le promettant, l'acceptilation ne libère pas le débiteur. Dans tous ces cas et dans d'autres, la nullité par elle-même suffit à protéger le donateur, car l'acte, dont l'effet de droit a été prévenu par la loi, ne pouvait, par sa nature même, produire d'effet matériel. Mais, toutes les fois que la situation de fait des parties a été modifiée, une action est nécessaire à l'époux pour lui permettre de remédier au changement préjudiciable qui s'est opéré à son égard.

La voie de droit, qui compète au donateur contre le donataire, est le plus souvent la revendication, parce que la tradition est le moyen le plus usuel de réaliser une donation, que la mise en possession intervienne isolée ou comme suite nécessaire d'une opération antérieure. La tradition tend à un double but : déplacer la possession et, par suite, transmettre la propriété; c'est donc, pour ainsi dire, un acte mixte que la loi ne

peut atteindre que dans son second effet, qui est purement juridique ; l'époux donateur, après une tradition faite à son conjoint *donandi animo*, se trouve donc dans la position d'un propriétaire dépouillé de la possession, ayant droit partant à la revendication.

Tant que l'objet de la libéralité existe en nature, la revendication reste ouverte contre le détenteur, conjoint donataire ou successeur de celui-ci (D., L. 36 pr., XXIV, 1).

Lorsque le *negotium juris* renferme une donation partielle, la tradition met les époux dans l'indivision, la propriété de la chose n'étant transférée qu'en proportion de la contre-valeur fournie (D., L. 31, § 3, XXIV, 1). Ainsi, d'après ce jurisconsulte, un esclave qui vaut 10 a été vendu 5 ; chacun des conjoints, après la tradition, en sera propriétaire pour moitié. Ce système, bien que très logique, n'est pas admis par Ulpien qui enseigne que l'acheteur devient propriétaire de l'esclave pour le tout, sauf à être tenu d'une *condictio* dans la mesure où subsiste, au jour de la *litis contestatio*, l'excès de la valeur vraie sur le prix payé (D., L. 5, § 5, XXIV, 1).

Décider ainsi, c'est assimiler l'hypothèse d'une vente consentie pour un prix inférieur à la valeur vénale à celle d'une vente où le prix, d'abord juste, eût été ensuite réduit par un pacte. Dans ce dernier cas le procédé d'Ulpien paraît seul possible ; il a sans doute paru à cet auteur équitable de traiter la réduction mentale

comme celle exprimée dans une convention ultérieure.

La revendication reçoit une extension remarquable entre conjoints. Je suppose que la femme utilise, avec le consentement de son mari, des matériaux à lui appartenant. L'action *de tigno juncto* est refusée, parce que la loi des Douze Tables n'a eu en vue que des matériaux volés; le donateur peut exiger l'enlèvement de ce qui lui appartient, s'il n'en doit résulter aucun dommage pour la femme, sans être tenu d'attendre la démolition de l'édifice (D., LL. 45, 63, XXIV, 1). J'ajoute que, s'il le préfère, le donateur intentera une *condictio*, non au double, mais au simple.

Je passe maintenant aux résultats du procès. L'action étant arbitraire, le défendeur doit être absous, s'il délaisse la chose avec tous ses produits qui n'ont pas le caractère de fruits. J'ai dit plus haut la controverse qui divisait les jurisconsultes; quant à la restitution des fruits, j'ajoute qu'au moins, dans le dernier état du droit, la question ne se posait qu'autant que leur valeur n'avait pas été consommée; le donataire, bien qu'il ne possède pas de bonne foi, peut se faire rembourser les dépenses nécessaires et utiles qu'il a faites sur le fonds (D., L. 31, § 2, XXIV, 1). Cette particularité s'explique, non par une pensée de bienveillance envers le conjoint, mais par la prohibition des donations entre époux; aussi, que le défendeur néglige d'opposer l'exception de dol, il aura une *condictio sine causa* pour réclamer la somme déboursée (D., L. 5,

§ 7, XXIV, 1). D'après le droit commun, le donataire qui n'aurait pas exécuté l'*arbitrium judicis* devrait être condamné, en cas de dol, à des dommages-intérêts fixés librement par le donateur. Mais il n'en est pas ainsi; le demandeur reçoit une indemnité égale à la valeur véritable du bien, et il garantit le défendeur contre l'éviction; toutefois, la *cautio* se restreint au simple (D., L. 36, XXIV, 1). Si, depuis la *litis contestatio*, la chose avait péri et que la perte eût eu lieu par dol ou faute, la même solution serait admise; il est plus douteux qu'elle soit acceptée au cas de perte accidentelle. Quand l'objet donné avait péri avant la *litis contestatio*, le donataire primitivement n'était libéré de la *rei vindicatio* que pour retomber, soit sous le coup de l'*actio legis Aquiliæ*, soit sous celui de l'*actio ad exhibendum*.

Mais, d'assez bonne heure, le conjoint ne répondit plus que de son dol, encore fallait-il que la destruction de la chose coïncidât avec certaines circonstances (D., L. 37, XXIV, 1). Lorsque l'époux donataire, en confondant les deniers donnés dans son propre patrimoine, ou en les aliénant, rendait impossible la revendication, il s'exposait encore à l'*actio ad exhibendum* (D., L. 14, X, 4). Mais, comme sous peine d'être illogique, on ne pouvait réclamer au défendeur plus qu'il n'avait reçu, cette action se confondit avec la *condictio sine causa* quant au résultat pratique, et tomba en désuétude. Cependant, il y a des hypothèses où l'intérêt

de la distinction subsiste au temps de Julien. Quand le donataire acquitte ses dettes avec l'argent donné, ou qu'il le mêle au sien, comme il est définitivement enrichi, peu importe le nom de l'action ; mais, quand il a conservé *in specie* la somme avant de l'employer, son obligation varie suivant le temps de l'aliénation, et il est tenu tantôt de l'action *ad exhibendum*, tantôt de la *condictio sine causa quatenus locupletior factus est* ; c'est donc seulement quand l'enrichissement égale l'appauvrissement, que les deux voies de droit arrivent au même but. Après le sénatus-consulte de Caracalla, l'on ne mentionne plus que la *condictio*, car on s'attache exclusivement au bénéfice réalisé par le donataire. J'ai dit, toutefois, que si l'*oratio* parlait de la consommation, elle ne paraissait pas avoir innové sur la destruction frauduleuse imaginée dans le but d'éteindre l'action *in rem* ; il semble donc que l'action *ad exhibendum* trouve encore quelques applications entre conjoints ; mais, à cette époque, l'action réelle étant donnée contre tous ceux qui ont cessé de posséder par dol, l'autre action est inutile.

Ce serait une erreur que de croire la *condictio* réduite à servir de complément à la revendication : je la montrerai employée dans des cas où l'action réelle ne se comprend pas. Cette action est fondée sur ce qu'il est illicite de conserver le bénéfice d'un acte prohibé. Ou la nomme *condictio sine causa* ou *ob injustam causam* : les deux épithètes lui conviennent également, car

ce qui est retenu contrairement au droit l'est sans cause (D., L. 6, XXIV, 1). L'adoucissement progressif de la prohibition accrut son champ d'application. Car dans le droit primitif elle est rarement mise en mouvement : il faut supposer que le donataire a disposé de l'objet donné avec l'agrément de son conjoint, ou que celui-ci a agi avec un tiers sans le concours de celui qu'il voulait gratifier : par exemple, le donateur a payé les dettes du donataire ou bien il lui a donné une certaine somme pour servir à tel achat déterminé. La revendication et par suite l'*action ad exhibendum* sont exclues : le donataire devenu propriétaire n'est tenu que d'une *condictio sine causa*. En l'absence de tout acte juridique, le bénéfice réalisé par un fait matériel ou une abstention du donateur, peut être réclaté par cette action : dans cette hypothèse la théorie des nullités n'a plus d'empire, puisque la loi n'atteint directement que les *negotia juris*. Par exemple, le donateur néglige d'interrompre l'usucapion, d'opposer une exception perpétuelle, laisse prescrire une servitude par le non-usage (D., L. 5, § 67, XXIV, 1). Lorsqu'avec l'argent donné le donataire faisait un achat, la *condictio* atteignait la nouvelle acquisition, sans que l'action *ad exhibendum* disparut : l'époux donateur avait donc un choix : mais plus tard, lorsqu'on eût admis que le conjoint qui ne révoquait point la donation, acquiesçait aux actes du donataire, l'action seule usitée fut la *condictio ex injusta causa*, et les textes rédigés après le sénatus-consulte ne font

mention que de celle-là. Désormais, deux voies de droit restent au donateur : l'action réelle, et parmi les actions personnelles, la *condictio* (D., L. 5, § 18, XXIV, 1) ; les autres ont été rejetées, notamment l'action de la loi Aquilia que les anciens jurisconsultes admettaient en cas de perte par faute du possesseur.

La condamnation se limite à l'enrichissement qui subsiste au jour de la *litis contestatio* (D., L. 7, XXIV, 1), depuis que la consommation libère le donataire ; auparavant, comme je l'ai dit plus haut, le donataire était réputé enrichi après la première aliénation. C'est au défendeur de prouver que l'enrichissement primitif n'est plus intégral. D'après le droit commun, pour que le risque pèse sur le donateur, il faut qu'il soit créancier d'un corps certain. Si, par exemple, un mari a fourni de l'argent à sa femme pour acheter un esclave, le *quantum* de son droit varie avec la valeur de l'objet, sans qu'il puisse cependant réclamer une somme supérieure à celle qu'il a donnée (D., L. 7, § 3, XXIV, 1). Mais si, par exemple, la femme a reçu une somme et l'a confondue avec son propre argent, le mari sera créancier de ladite somme. On comprend, en effet, que pour faire porter sur l'objet acquis l'action du mari, il faut que l'origine des deniers soit connue, que l'on puisse soutenir que la chose provient *ex re donatoris*.

Le donateur, muni d'une *condictio*, restait exposé à l'insolvabilité du donataire : aussi bien, Paul propose de lui accorder une *vindicatio utilis* (D., L. 55, XXIV, 1) ;

sous Justinien qui trouve subtile la distinction des deux classes d'actions, cette sorte de subrogation réelle va de soi-même (C., L. 4, § 5, V, 13). Ce dernier texte supprime une voie de droit que l'ancienne jurisprudence accordait au mari donateur ; en effet il était autorisé, quand il était poursuivi en restitution de la dot, à retenir la valeur des objets donnés (Ulp., *Reg.*, VI, § 3). La suppression des retenues n'est pas en harmonie avec la théorie de la compensation : je pense que l'idée de l'empereur est d'écarter la *retentio propter res donatas pignoris loco* afin de ne pas nuire au donataire ; mais quand les quantités sont de même nature, la compensation s'impose : il est évident que le mari ayant reçu en argent une dot de 100, restituera 80, s'il a lui-même donné à sa femme 20 en espèces.

J'ai supposé jusqu'ici le débat engagé entre les époux ou entre leurs pères de famille : le concours d'un tiers à un acte juridique destiné à réaliser une donation prohibée n'en empêche pas la nullité. Si le mari se porte *expromissor* pour sa femme, ou lui délègue son débiteur, la novation sera nulle (D., L. 5, § 3, 4, XXIV, 1). De même si l'un des conjoints paye la dette de l'autre, le *solvens* peut revendiquer les écus, à moins que le créancier ne les possède plus *in specie* : dans ce cas, une *condictio* compète au donateur contre son époux (D., L. 50, pr., XXIV, 1). Julien suppose qu'une femme a stipulé du débiteur de son mari ce qu'il lui devait et qu'elle a été payée. Comme la délégation est nulle, le

mari est resté créancier, mais le tiers se libère valablement en cédant ses actions au mari ; d'ailleurs si l'argent ne se retrouve plus en nature, le donateur peut agir en son nom par la *condictio*, puisque la femme s'est enrichie à ses dépens. Comme la solution fournie par le jurisconsulte dérive de l'équité, le débiteur ne peut contraindre son créancier à se contenter de la cession d'action qu'autant qu'il ne s'est pas prêté sciemment à une violation du droit (D., L. 39, XXIV, 1). Le débiteur de mauvaise foi serait tenu de payer le mari, sauf son recours contre la femme. Voici une autre hypothèse : le mari ordonne à son débiteur de payer entre les mains de sa femme. Africain décide que le débiteur reste tenu envers son créancier, sauf à céder son action contre l'*accipiens* (D., L. 38, § 1, XLVI, 3). Mais Ulpien, d'accord avec la majorité des jurisconsultes, enseigne que la somme est censée avoir été payée au mari, puis remise à la donataire par ce dernier : le débiteur est libéré et la *condictio* compète au donateur (D., L. 3, § 12, XXIV, 1). Ce résultat n'est pas contraire au principe de la nullité des donations entre époux : il s'explique par un progrès de la jurisprudence qui reconnaît la validité de la tradition *brevi manu*. Si la seconde tradition manque son effet juridique, la première, celle qui n'apparaît pas dans l'exécution n'en est pas moins translatrice de propriété.

En terminant cette section, je ferai remarquer que par sa nature même, la *condictio sine causa* est plus gé-

nérale que la revendication, puisqu'elle s'accorde dès qu'il y a bénéfice illicite pour le conjoint : le donateur a donc toujours la faculté d'y recourir, quand il y trouve un avantage ; ainsi le mari peut, au lieu d'intenter la revendication des matériaux qu'il a fournis à sa femme, exercer la *condictio* immédiatement.

SECTION IV

DES DONATIONS QUI S'EXÉCUTENT APRÈS LE MARIAGE

Les donations ordinaires sont licites entre les personnes qui ont perdu la qualité de *vir* et d'*uxor* par le divorce ou la transformation des justes noces en mariage du droit des gens ; et s'ils contractaient ensemble une nouvelle union civile, les libéralités antérieures n'en seraient pas atteintes (D., L. 64, XXIV, 1). Sans attendre l'événement qui levait l'obstacle mis par la loi au témoignage de leur tendresse ou de leur gratitude, les époux avaient toute liberté de se faire des donations subordonnées au divorce ou à la déportation de l'un d'eux (D., L. 11, § 11 ; 43, XXIV, 1). Ces libéralités ne valaient qu'une fois la condition réalisée par le divorce ou la condamnation à la déportation, mais avaient le caractère d'irrévocabilité des dons entre-vifs. Si l'événement prévu par les parties ne se réalisait pas, la do-

nation tombait. Ainsi la mort de l'un des conjoints faisait évanouir une donation *divortii causa* (D., L. 13, pr., XXIV, 1). Afin d'empêcher le donataire de tirer de l'acte un profit illicite pendant le mariage, on exige que ces donations aient lieu *sub divortii, aut exilii, tempore* (D., L. 12, XXIV, 1), sans cette précaution le donateur se trouverait exposé à subir une perte par suite de la consommation. La validité des donations *exilii causa* a soulevé une difficulté : on comprend bien que le conjoint innocent gratifie le déporté, mais comment ce dernier peut-il faire un don à l'autre époux ? On sait que cette peine entraînait la confiscation de tous les biens du condamné, de ceux même qu'il avait aliénés à titre gratuit depuis l'accusation : on a répondu que le fisc, par une mesure d'humanité, ne revendiquait pas les objets donnés au conjoint du déporté.

Les donations *mortis causa* avaient toujours échappé à la prohibition, bien avant que la jurisprudence et les sénatus-consultes les eussent assimilées aux legs. Si on les avait autorisées, c'est parce qu'elles n'avaient effet qu'après la dissolution du mariage (D., L. 10, XXIV, 1) c'est surtout, je pense, parce qu'elles étaient révocables au gré du donateur : je sais que l'on nomme aussi donations *mortis causa* des libéralités simplement surbordonnées à la survie du donataire, mais de celles-là les textes ne disent rien ; j'en conclus qu'elles étaient prohibées comme les donations entre-vifs. Préoccupés

de ne pas offrir indirectement un moyen de tourner la défense aux époux, les anciens jurisconsultes ne regardaient comme valables que les donations faites en danger de mort, mais les auteurs classiques s'étaient départis de cette sévérité hors de saison après le sénatus-consulte de Caracalla (D., L. 43, XXXIX, 6). D'ailleurs, même à l'époque d'Ulpien, ces donations à cause de mort, suivaient entre époux des règles particulières. Ainsi, elles sont révocables, non seulement au gré du donateur, mais pour cause de divorce (D., L. 11, § 10, XXIV, 1). Par contre, elles ne s'évanouissent pas par la *media capitis minutio* du donateur : la peine une fois encourue, l'acte ne peut plus tomber par le prédécès du donataire ; cependant l'époux donateur conserve son droit de révocation (D., L. 13, § 1, XXIV, 1). On a prétendu que cette décision n'émanait pas d'Ulpien, mais de Tribonien qui avait mis le texte en harmonie avec le droit nouveau introduit par Constantin. Mais la loi 24 (C., V, 16) que j'analyserai plus tard, a généralisé une solution équitable, admise dans une hypothèse spéciale. Au reste, la validité des donations *exilii causa* rend très naturel le maintien des donations *mortis causa* nonobstant la *media capitis minutio*. Tandis qu'entre étrangers les donations à cause de mort peuvent être affectées soit d'une condition suspensive, soit d'une condition résolutoire, entre conjoints, elles ne produisent aucun effet durant le mariage, notamment la tradition n'est pas *hic et nunc* translatrice de pro-

priété (D., L. 11, pr., XXIV, 1); s'il en était autrement, la prohibition serait violée. Toutefois les parties sont libres de donner effet rétroactif à la tradition, ce qui permet au donataire d'aliéner valablement l'objet donné et de recueillir les acquisitions de l'esclave (D., L. 11, § 1, 9 ; 20, XXIV, 1). D'après l'ordonnance du fragment d'Ulpien, entre époux, c'est la non rétroactivité qui est la règle. Aussi bien, pour bénéficier personnellement d'une donation *mortis causa*, il suffit que le conjoint soit *sui juris* au décès du donateur ; quand l'acte est réalisé par personne interposée, le mandataire du donataire doit survivre au donateur. Un texte de Papien semble contredire l'opinion d'Ulpien (D., L. 40, XXXIX, 6) et faire de la rétroactivité la règle absolue. Mais il n'a pas la portée qu'on lui attribue ; il est sans doute extrait d'un passage où le jurisconsulte s'occupe du cas où les donations rétroagissent. Les Basiliques autorisent cette explication. En reproduisant cette loi, elles avertissent qu'elle n'exprime point la règle générale (B., L. 40, XXVII, 3).

CHAPITRE II

SÉNATUS-CONSULTE DE SÉVÈRE ET CARACALLA

La rigueur de la prohibition des donations entre époux qui provenait d'une violente réaction contre l'ancienne liberté, et qui, bien certainement ne répondait plus aux mœurs du ⁱⁱⁱe siècle de notre ère, fut adoucie par un sénatus-consulte célèbre rendu en 959-206 sur la proposition d'Antonin Caracalla sous le règne de Septime-Sevère. Les motifs qui décidèrent le Sénat à modifier la coutume trois fois séculaire nous ont été conservés par Ulpien : *Fas esse eum qui donavit pœnitere : heredem vero eripere forsitan adversus voluntatem supremam ejus qui donavit, durum et avarum esse* (D., L. 32, § 2, XXIV, 1). Comme l'exception *legis Cincix*, le droit de révocation allait devenir personnel au conjoint donateur dont le prédécès *in matrimonio et durante voluntate* confirmait la donation nulle jusque là. Les conjoints auraient pu se faire des donations à cause de mort ou confirmer par testament des libéralités entre-vifs antérieures. Les auteurs du décret

ne voulurent pas qu'un oubli, un vice de forme privassent un époux d'un droit que sa conduite méritait de lui conserver.

SECTION PREMIÈRE

DONATIONS AUXQUELLES S'APPLIQUE LE SÉNATUS-CONSULTE

Si le sénatus-consulte reste étranger certainement aux libéralités antérieurement licites à un titre quelconque, s'étend-il à toutes les personnes et à toutes les donations atteintes par la prohibition? Ulpien, Papinien, Justinien reconnaissent unanimement que les donations entre personnes unies aux époux par les liens de la puissance paternelle participent à la même faveur que les donations entre les époux mêmes (D., L. 32, § 16 *et seq.*, C., L. 25, V., 16). Mais une controverse s'éleva entre les jurisconsultes au sujet de la confirmation des donations exécutées par voie de promesse : elle fut bientôt tranchée dans le sens le plus libéral, mais une maladresse des compilateurs du Digeste rouvrit un débat définitivement clos par une novelle.

Papinien, s'attachant plus à la lettre qu'à l'esprit du sénatus-consulte, n'appliquait le droit nouveau qu'aux *donationes rerum*, et par là il entendait autant les donations réalisées par dation que celles exécutées par remise ou omission (D., L. 23, XXIV, 1). Dans tous

ces cas le donataire avait été mis en possession par son conjoint et eut été évincé : quand la dette contractée *donandi animo* n'a pas encore été payée par le donateur, on ne peut plus parler proprement d'éviction, et dans le refus d'acquitter son obligation, n'est-il pas naturel de voir comme la manifestation du repentir de l'époux. Ulpien, au contraire, se prononce pour l'extension la plus large du sénatus-consulte : n'est-il pas logique, en effet, d'attribuer la même portée à l'exception qu'à la règle ? Si les donations effectuées *promittendo* sont, en principe, nulles comme celles réalisées par une dation, les unes et les autres doivent être confirmées sous les mêmes conditions : d'ailleurs, l'expression *eripere* se trouvant dans l'exposé des motifs ne saurait y avoir la valeur technique et précise qu'elle eût revêtu dans le dispositif ; enfin, l'assimilation très naturelle des donations entre époux aux *donationes mortis causa* conduit à l'interprétation la plus extensive du sénatus-consulte, puisque la forme est indifférente à la validité des donations à cause de mort (D., L. 32, § 1, 33, pr., XXIV, 1). Que la doctrine libérale d'Ulpien ait triomphé, on en a la preuve dans un rescrit d'Alexandre Sévère. Dans l'intention de gratifier sa femme, un mari a grossi le chiffre de la dot ; pour que l'acte soit valable, il faut qu'il ait civilement force obligatoire, et que le donataire survive (C., L. 2, V, 15). Ainsi l'empereur n'exige pas une tradition, et dans l'hypothèse, elle n'aurait guère de sens ; il paraît probable

que les conjoints se sont servis d'une stipulation novatoire pour atteindre leur but.

Les rédacteurs du Digeste rapportèrent les opinions de Papinien et d'Ulpien qui se trouvaient consignées dans le commentaire de ce dernier auteur sur Sabinus; mais, soit qu'une phrase eut été tronquée, soit que par routine, les compilateurs eussent approuvé aveuglément l'avis de Papinien, ils mirent Ulpien en contradiction avec lui-même. Cette lourde maladresse jeta le trouble parmi les praticiens qui réclamèrent une interprétation officielle de la loi. L'empereur répondit que les donations par voie de promesse étaient confirmées comme les autres par le sénatus-consulte (nouvelle 162, chap. 1^{er}), et trancha définitivement une controverse rouverte par ses commissaires. Cette explication qui n'a rien de forcé et tient compte de tous les textes, a été proposée par Savigny (IV, § 164); mais, bien d'autres ont été imaginées par les anciens et modernes commentateurs. La plus radicale consiste à supprimer le mot *recte* dans la loi 23 : de la sorte, Ulpien citerait l'opinion de son rival à titre de simple renseignement historique. Faber, qui en est l'auteur, a observé que la glose sur le mot *putabat* ainsi conçue *et male secundum quosdam, ut statim dices* ne convient guère à un texte qui porte le mot *recte*. Cependant, comme tous les manuscrits contiennent le malencontreux adverbe, on a rejeté ce moyen de conciliation. Plusieurs glossateurs ont cru à l'existence de deux sénatus-consultes

le premier, dont parle Papinien, de Sévère, sur les *donationes rerum*; le second, de Caracalla, et plus général. Mais de la lecture de tous les textes résulte la conviction qu'il n'y a eu qu'un seul décret du Sénat, celui que commente Ulpien, et dont il nous donne la date précise. Voici une autre conciliation. Le sénatus-consulte, comme l'enseignait très justement Papinien, n'avait trait qu'aux donations de choses, puis il a été étendu aux autres par la jurisprudence. Ulpien, cependant, ne laisse pas soupçonner cette marche du droit et présente le sénatus-consulte comme général. Mais, à mon sens, les interprètes les plus téméraires sont ceux qui soutiennent que les deux jurisconsultes sont d'accord. Dans un premier système, on dit : Papinien applique à toutes les donations autrefois prohibées, le sénatus-consulte, mais dans la seconde espèce de la loi 23, les héritiers du mari sont libérés parce que leur auteur s'étant engagé en tant que *sponsor*, son obligation est intransmissible. On a répondu que le texte opposait d'une manière évidente les donations réalisées par une dation à celles qui l'étaient par promesse. Dans un second, que suivent et Cujas et Pothier, on assure que jusqu'à Justinien les seules libéralités confirmées par le prédécès du donateur sont celles qui sont exécutées entièrement. Il est vrai que dans la loi 32, § 1, les mots *ut obligatio sit civilis*, dans la loi 32, pr., la phrase *si manente matrimonio maritus decessisse proponatur, puto... posse dici stipulationem confirmari ex senatuscon-*

sulto, rendent invraisemblable la conjecture de ces auteurs. Toutefois Cujas a fourni une ingénieuse explication de la loi 32. Ulpien ferait allusion à une *procuratio in rem suam* et la donation serait confirmée parce que le donateur aurait mis en quelque sorte son conjoint en possession (Cujas, tome IV, p. 1140). Je réponds que c'est expliquer subtilement une phrase très simple et que d'ailleurs il paraît téméraire, même à la fin de l'époque classique, de parler de la quasi-possession des créances, surtout quand la cession a pour cause déterminante, une donation. Du reste, il a été moins heureux sur la loi 33 : dire, en effet, que la stipulation de rente viagère est validée grâce à la faveur dont jouissent les pensions alimentaires, ce n'est pas donner un argument sérieux. Pothier préfère avancer que le prédécès du donateur ne confirme que les prestations déjà effectuées, mais il distingue là où Ulpien ne le fait pas et travestit ainsi le sens des mots. Des modernes ont pensé en se fondant sur la nature de la stipulation d'annuités, qu'il suffisait qu'antérieurement au prédécès du donateur, des sommes aient été payées pour engendrer postérieurement une action civile. Leur raisonnement est manifestement faux, car pour Papinien un commencement d'exécution était inutile et le donataire n'est en possession que des arrérages déjà reçus. Je conclus que les deux jurisconsultes ne s'étaient pas accordés sur l'application du sénatus consulte et pour moi la meilleure preuve de la

contradiction existant entre les lois 23 et 32, c'est la consultation du barreau d'Illyrie qui motiva la nouvelle 162.

Après avoir établi que le sénatus-consulte s'appliquait à toutes les donations autrefois défendues, je vais examiner sous quelles réserves il fonctionnait.

SECTION II

OBSTACLES A LA CONFIRMATION DES DONATIONS ENTRE ÉPOUX

Aux termes mêmes de l'*Oratio Antonini*, le repentir du donateur, le prédécès du donataire, le divorce, l'émancipation de l'un des époux par le père de famille laissaient subsister la nullité de la donation.

Le donateur n'avait pas besoin de révoquer expressément la libéralité : il pouvait manifester tacitement, mais clairement sa volonté en aliénant, en léguant les objets faisant partie de la donation (D., L. 32, § 15, XXIV, 1 ; C., L. 12, V, 16). Justinien décida que la constitution de gage ou d'hypothèque, n'enlevant pas au donateur la propriété de la chose, serait sans effet sur le don : mais le droit classique semble avoir distingué entre le gage proprement dit qui le faisait tomber et l'hypothèque qui le laissait subsister, à moins que le donataire ne se laissât déposséder par le créancier (D.,

L. 32, § 5, XXIV, 1 ; nouvelle 162, cap. 1). Je suppose l'aliénation ou l'engagement du bien postérieurs à la donation : un mari peut donner à sa femme un immeuble légué ou hypothéqué, et même un esclave institué libre et héritier nécessaire : il va sans dire que le créancier ne pouvait souffrir du fait du débiteur, mais le legs, comme l'institution, devenait caduc par la donation postérieure (D., L. 32, § 5, XXIV, 1 ; L. 22, *h.t.*).

La jurisprudence s'autorisait aussi de la façon d'être des conjoints dans leurs rapports pour annuler l'acte (D., L. 32, § 12, XXIV, 1). J'ajoute que le repentir doit être certain : le moindre doute sur les intentions du donateur profite au donataire (D., L. 32, § 4, XXIV, 1) ; qu'il faut s'en tenir à la dernière volonté de l'époux (D., L. 32, § 3).

Lorsque l'époux donataire prédécédait, le donateur exerçait ses reprises, à moins qu'il n'aimât mieux maintenir la donation. Quand les deux conjoints étaient morts dans le même événement, sans que l'on sût lequel avait expiré le premier, la donation était confirmée, car on ne prouvait point la survie du donateur (D., L. 32, § 14, XXIV, 1).

L'époux captif était réputé mort au moment de la perte de la liberté, quand il lui était impossible d'invoquer le *jus postliminii* : les donations qu'il avait faites à son conjoint, celles qu'il en avait reçues se trouvaient *inpendenti* jusqu'à sa mort naturelle ou sa réintégration dans ses droits de citoyen. Quand tous deux étaient ré-

duits en servitude au même instant, celui qui revenait dans sa patrie était réputé survivre, et s'ils mouraient chez l'ennemi, ils décédaient censément en même temps (D., L. 32, § 14; XXIV, 1; C., L. 27, V, 16). Lorsque la donation avait eu lieu non entre les époux, mais entre un des conjoints et le père de famille de l'autre, la mort du donateur ne confirmait la donation qu'autant que le mariage était déjà dissous par la mort de son enfant (D., L. 32, § 16, XXIV, 1). Quand une bru donnait à son beau-père, et que celui-ci mourait le premier, la donation était maintenue dans la mesure où le mari était héritier de son père, ou plutôt une seconde donation se reformait (D., L. 32, § 18, XXIV, 1). Quand la libéralité est adressée par l'un des beaux-pères à l'autre, le sénatus-consulte ne reçoit d'application que si le donateur meurt *constante matrimonio*. (D., L. 32, § 20, XXIV, 1). Je pense que les valeurs prises sur le pécule ordinaire, du consentement du père, sont considérées comme données par celui-ci, mais quand l'époux *alieni juris* avait un pécule *castrense* ou des biens adventices, on s'attachait à sa mort (D., L. 32, § 17, XXIV, 1).

La survenance du divorce révoquait les donations antérieures, quand les époux n'exprimaient pas une volonté contraire (D., L. 32, § 10, XXIV, 1). Dans l'ancien droit, le père de famille avait la faculté de contraindre ses enfants à divorcer. Antonin le Pieux supprima ce pouvoir exorbitant, mais si l'envoi du

repudium par le père au nom de son enfant à l'autre conjoint ne dissolvait plus le mariage, il avait toujours pour effet d'empêcher la ratification des donations, car pour le père le mariage n'existait plus (D., L. 32, § 19, XXIV, 1). De même, l'affranchie, qui avait épousé son patron, ne pouvait divorcer sans son consentement, et cependant l'envoi par elle du *repudium* révoquait les libéralités réciproques faites durant le mariage (D., L. 62, § 1, XXIV, 1).

Le sénatus-consulte devenait encore inapplicable quand un des époux avait été émancipé. Je suppose, en effet, qu'un beau-père ait gratifié sa bru : si plus tard il émancipait son fils, la donation restait nulle, car, au moment où elle était intervenue, elle violait une règle de droit, et, au moment de sa mort, le donateur ne se trouvait plus au nombre des personnes qui *propter nuptias inter se donare prohibitæ erant* ; or, le sénatus-consulte ne confirmait que les actes émanés de ces personnes (D., L. 32, § 21, XXIV, 1).

SECTION III

DE LA NATURE DES DONATIONS CONFIRMÉES

Ce serait une grave erreur de croire que depuis le sénatus-consulte, les donations entre époux soient

licites, mais révocables : le but du législateur n'a été que de suppléer à une déclaration de volonté du donateur qui eut rendu la libéralité inattaquable; aussi bien on a pu présenter sans trop d'exagération, la confirmation des donations par le prédécès du donateur *in matrimonio* comme une nouvelle exception à la règle de la prohibition. Toutes les fois que la confirmation est empêchée, on s'en tient à l'ancien droit (D., L. 32, § 10, XXIV, 1), et l'époux repentant ou divorcé, exerce les actions qui résultent de la nullité de l'acte, sans être réduit à une *condictio ex injusta causa*, avantage précieux qui le soustrait à l'insolvabilité du donataire. C'est du jour de la confirmation que l'acte produit ses effets civils, que le donataire acquiert propriété, créance ou libération, ce qui n'exclut pas la rétroactivité, si telle a été l'intention des parties; et comme ce résultat se produit par la mort du disposant, le bénéficiaire réalise une *mortis causa capio*. La jurisprudence assimila tout naturellement les donations entre époux aux donations *mortis causa* : de la similitude de conséquences elle tira la parité de nature.

Ces libéralités furent soumises par les jurisconsultes à la loi Falcidie, qui depuis un rescrit de Sévère et Caracalla, s'appliquait aux donations à cause de mort. Déjà le sénatus-consulte avait exigé des époux la *factio testamenti* et le *jus capiendi* : c'est pourquoi la servitude encourue par le donateur, lui enlevant la *factio testamenti*, ne confirmait point l'acte (D., L. 32, §§ 1,

6, 8, XXIV, 1; frag. Vat., 294). Mais Constantin décida que toutes les donations entre conjoints seraient confirmées par la condamnation du donateur à une peine emportant soit *media*, soit *maxima captis minutio*; cependant il laissa au déporté dont le mariage n'était pas dissous, la faculté de révoquer la libéralité (C. L. 24, V, 16). Les auteurs ont signalé deux autres conséquences de l'assimilation des donations entre époux aux donations à cause de mort. Les créanciers du donateur pouvaient considérer comme nul à leur égard l'acte qui dépouillait et rendait insolvable leur débiteur sans avoir à prouver la fraude : on considérait comme demeuré dans le patrimoine de l'aliénateur un bien qu'il lui était loisible de recouvrer à volonté. Le conjoint donataire en usufruit ne pouvait être dispensé de la *satisfactio*, car il eût eu un moyen trop facile de tourner les lois caducaires, en dissipant les valeurs données. Ai-je besoin d'ajouter que ce sont les donations autrefois prohibées, et non les autres que l'on traite comme disposition à cause de mort?

CHAPITRE III

RÉFORMES OPÉRÉES PAR JUSTINIEN

Le droit nouveau que le sénatus-consulte avait établi ne respectait pas absolument la volonté des parties puisqu'il confondait les effets des donations ordinaires avec ceux des donations à cause de mort. Justinien, comprenant très bien que le pouvoir de révocation arbitraire suffisait pour assurer la liberté du donateur décida de faire rentrer dans les actes entre-vifs les libéralités faites sans mention spéciale, pendant le mariage. De la sorte, les époux, ainsi que toutes les autres personnes, pouvaient choisir parmi les divers moyens de réaliser une libéralité, celui qui leur semblait le plus convenable. Les donations entre conjoints furent soumises à l'insinuation quand elles dépassaient 500 sous d'or, mais eurent effet rétroactif sans que les parties eussent besoin de l'exprimer (C., L. 25, V, 16). Conséquemment les donations excédant le *modus legitimus* qui n'avaient pas été insinuées étant nulles d'après le droit commun, ne pouvaient plus être confirmées par la mort du dona-

teur, son testament devait s'expliquer à leur égard (C., L. 25, V. 16), car le sénatus-consulte ne régit que les libéralités qui ne sont nulles qu'à cause de la qualité d'époux des parties. Indépendamment de toute stipulation, l'accord des parties valut comme pacte légitime engendrant une *condictio ex lege* (Nov. 162, cap. 1).

Malgré les décisions contenues dans ces deux lois, plusieurs commentateurs ont prétendu que la donation entre époux n'avait pas changé de nature. Quels sont donc leurs arguments? Nos adversaires, disent ces auteurs, appuient leur doctrine sur la nécessité de l'insinuation des dons entre mari et femme : mais ils ne remarquent pas que la loi 25 au Code (V, 16), donne aux conjoints le choix entre deux modes de disposer : le pacte légitime insinué et l'ordonnance de dernière volonté ; or, quelle est, sous Justinien, la forme des donations à cause de mort? Une grave controverse divisait les jurisconsultes sur le point de savoir si toutes les donations n'avaient pas été soumises à l'insinuation. L'empereur décida que la présence à l'acte de cinq témoins suffisait à valider les donations *mortis causa* (C., L. 4, VIII, 57), c'était les revêtir de la forme des codicilles ; d'autre part, il ne prononçait pas la nullité des donations *mortis causa* insinuées. Donc, les parties avaient deux moyens de parfaire une donation à cause de mort : un pacte légitime insinué ou un acte passé en la forme codicillaire ; la forme des donations entre

époux est toujours celle des donations à cause de mort.

Je ne partage point l'opinion que je viens de rapporter sur les lois 25 (C., V, 16) et 4 (C., VIII, 57). Justinien ne laisse pas le donateur à cause de mort libre d'opter entre deux modes de disposer ; sans doute, il ne répond pas directement à la question qui lui est posée : toutes les donations sont-elles sujettes à insinuation ? il impose en termes impératifs *ita res procedat* la forme codicillaire pour les donations *mortis causa*, s'inspirant de leur grande ressemblance avec les legs ; du reste, il ne touche pas au fond du droit ; il ne transforme pas en fidéicommis la libéralité dont s'agit. Que décide l'empereur pour les donations entre époux ? Il ne confère aucune option au donateur ; après avoir exigé l'insinuation des dons excédant 500 sous d'or, pour que le sénatus-consulte de Sévère et Caracalla leur soit applicable, il déclare que l'acte juridique, nul en tant que donation, pourra être transformé en legs-fidéicommis par le testament du donateur. Et il prend soin d'indiquer lui-même la profonde différence qui sépare la donation régulièrement insinuée, que confirme la survie du donataire, de la libéralité rappelée dans un testament : celle-là rétroagit au jour du contrat, celle-ci n'a effet qu'au décès du testateur ; la loi 25 (C., V, 16), va donc bien au delà d'un changement de forme. Dans la loi 4 (C., VIII, 57), au contraire, Justinien se contente de soumettre à une certaine solennité un acte jusque-là informe. La

formalité de l'insinuation est donc obligatoire pour les donations entre époux ; mais, d'après certains auteurs (qui entendent la loi 4 (C., VIII, 57), comme je le fais), elle ne les transforme pas plus en donations ordinaires que la forme codicillaire ne transforme les dons à cause de mort en fidéicommiss. Si la donation doit être insinuée, c'est que, dans l'intention des époux, l'acte vaut comme libéralité entre-vifs : qu'importe si la loi méconnaissant leur volonté, n'y attache que les effets d'une donation *mortis causa*? Les contractants ne sont pas dispensés pour cela de suivre les prescriptions exigées pour la disposition qu'ils ont dessein de faire. On comprend alors pourquoi l'on exige le prédécès du donateur et la *factio testamenti* du donataire, signes caractéristiques des *mortis causa capiones*. Mais il n'est pas impossible d'expliquer ces conditions dans ma doctrine. Le législateur présume très justement que l'époux n'a pas l'intention de maintenir la libéralité au profit des héritiers de son conjoint, qu'au reste il est toujours possible au donateur de manifester une volonté contraire ; et si la condamnation du donataire à une peine emportant *capitis minutio* révoque toujours la donation, c'est dans le but de ne pas amener la confiscation d'un bien qui appartient plutôt au donateur qu'au donataire. (A ce propos, je ferai observer que sous Justinien, le mariage du *servus pœnæ* n'est plus dissous ; si donc le donateur encourt la *maxima capitis minutio*, il conserve jusqu'à sa mort naturelle le droit

de révocation). Je traite enfin la donation entre conjoints comme une libéralité ordinaire parce que, si la nécessité de l'insinuation découlait des effets, que veulent les parties conférer à l'acte, et non de ceux que la loi lui attribue, il serait bien étrange que la donation entre mari et femme n'ait pas été soumise à cette formalité dès qu'elle apparut dans la législation.

La donation entre époux, ayant le caractère d'un acte entre-vifs, sera plutôt que nulle, incertaine jusqu'à la confirmation opérée par le prédécès du donateur et il suffira du repentir du donateur pour en anéantir tous les effets. L'époux exercera toutes les actions admises dans l'ancien droit, car il n'a pas absolument perdu le droit qu'il a transféré. La confirmation est comparée à une ratification (C., L. 25, *in fine*, V, 16), elle enlève au maître le droit de critiquer l'acte et le complète. L'effet rétroactif n'est pas obtenu comme il l'était sous l'empire du sénatus-consulte par une considération d'équité qui violait les principes : il se dégage du maintien de la volonté de donner durant toute la vie du donateur. Aussi, vaut-elle pleinement comme acte entre-vifs, la donation régulièrement insinuée, ou dispensée d'insinuation. Non seulement le donataire fera les fruits siens du jour de la tradition, et l'aliénation consentie *medio tempore* deviendra irrévocable, mais rien ne se trouvant plus dans le patrimoine du donateur, les créanciers du défunt ne pourront se faire payer sur les biens donnés que s'ils ont réussi sur l'action paulienne.

Au reste, par le même motif, on ne les devra point comprendre dans la masse dont le quart reste à l'héritier. Ils ne sont pas réputés sortis du patrimoine au moment de la mort, mais à celui où l'acte est intervenu. Ainsi la législation romaine en était revenue à consacrer la validité des donations entre époux tout en rejetant ce que le droit commun avait d'inconciliable avec la situation réciproque du donateur et du donataire.

CHAPITRE IV

QUOTITÉ DISPONIBLE ENTRE ÉPOUX

Papinien nous avertit que pour être pleinement valables, les libéralités confirmées par le sénatus-consulte ne devaient pas violer les lois décimaires, c'est-à-dire, les lois caducaires. Il me faut donc expliquer des dispositions législatives ne visant d'abord que les legs et institutions d'héritiers, étendues successivement aux fidéicommiss, aux donations *mortis causa*. Si entre conjoints, on avait appliqué les lois *Julia* et *Papia Poppæa* purement et simplement, un seul enfant, même d'un lit précédent, eût conféré à son père héritier ou légataire de l'autre époux la *solidi capacitas*, et en vertu même de leur union, les conjoints eussent toujours recueilli la moitié de la part que leur destinait le défunt. Mais, afin de ne pas les encourager à laisser leur mariage stérile, la loi adopta un système spécial et créa une quotité disponible entre époux ; en effet, la portion que le bénéficiaire peut recevoir est calculée sur l'ensemble du patrimoine du testateur et non plus sur la libéralité qui lui est adressée. Elle est fixée au dixième des biens en pleine propriété, et au tiers en usufruit, quand l'héritier, le légataire, ou le donataire n'a pas

d'enfants ; chaque enfant d'un lit précédent augmente sa capacité d'un dixième, en sorte que neuf descendants lui assurent la *solidi capacitas*. Toute restriction au *jus solidi capiendi* disparaît dans un assez grand nombre de cas, notamment quand les époux ont un enfant commun, qu'ils sont proches parents ou dispensés par leur âge de satisfaire aux lois décimaires. Constantin, qui abrogea les peines du célibat et de l'*orbitas*, laissa subsister les restrictions apportées par la loi *Julia* à la capacité respective des époux, afin sans doute de protéger les héritiers contre les libéralités exagérées de leur auteur. Mais Honorius et Théodose le Jeune abrogèrent en 410 cette partie de la loi *Papia* (C., L. 2, VIII, 58).

Les lois décimaires se rattachaient à tout le système politique d'Auguste, justement effrayé de la dépopulation de l'Italie, et qui ne recula point devant l'ingérence de l'Etat dans un acte essentiellement libre. Les princes chrétiens du Bas-Empire, mus par le désir de protéger les enfants contre la largesse souvent déraisonnable de leurs parents envers leurs subséquents conjoints, portèrent une série de constitutions qui limitèrent considérablement la liberté des testateurs et des donateurs.

En 382, Théodose I^{er} et Valentinien II, interdirent aux femmes remariées de disposer des biens qu'elles avaient reçus de leurs premiers maris en faveur d'autres que des enfants issus du premier mariage ; de plus

elles ne purent disposer des biens recueillis dans la succession d'un enfant du premier lit (C., L. 3, V, 9). En 444, Théodose II et Valentinien étendirent aux veufs remariés ces prescriptions (C., L. 5, § 1, V, 9). Quand Justinien eut enlevé à l'époux donataire la faculté de répartir entre ses enfants ce qu'il ténait du donateur, on put soutenir que le second conjoint n'était plus en quelque sorte, qu'usufruitier de biens dont ses enfants étaient les nus propriétaires (novelle XXII, cap. xxv). En 467, les empereurs Léon et Anthénius décidèrent que celui qui, ayant des enfants d'un précédent mariage, se remarierait, ne pourrait donner à son second époux qu'une part égale à celle que recevait le moins avantagé de ses enfants : la réduction des libéralités excessives ne profitant qu'aux enfants communs (C., L. 6, V, 9). Justinien voulut que tous les enfants, même ceux du second mariage, profitassent de la réduction; mais dans une novelle, il en revint au système consacré en 467 (C., L. 9, V, 9; novelle 22, cap. xxvii). Toutes ces constitutions répondaient à un besoin réel : les personnes chargées d'enfants, songeant trop souvent à racheter par des donations exagérées ce qui pourrait passer comme un défaut aux yeux de celui dont elles recherchent l'union. Aussi bien, elles ont passé dans l'ancien droit français et notre Code civil en a conservé tout ce qui ne contrariait pas les règles de la dévolution des successions.

DROIT FRANÇAIS

ANCIEN DROIT

Les Barbares qui envahirent la Gaule au v^e siècle y apportaient leur législation formaliste et grossière, bien inférieure au droit romain, surtout trop originale et appropriée aux mœurs de la Germanie pour être acceptée des vaincus. Aussi, les princes francs, par une habile politique, peut-être par respect pour une civilisation qu'ils admiraient naïvement, laissèrent-ils aux Gallo-Romains la pratique de leurs lois séculaires.

Mais la confusion progressive des races, le retrait vers le sud des peuples conquis substituèrent, au x^e siècle environ, la territorialité à la personnalité des lois. Au midi de la Loire, le droit romain, fortifié par la réception des œuvres de Justinien, resta vivant jusqu'à la promulgation du Code civil ; tandis qu'au nord, les mille coutumes locales représentaient le droit ger-

manique adouci par l'influence religieuse, poli par le contact d'une législation plus avancée. Je suivrai le long travail d'évolution qui modifia et altéra par l'introduction d'éléments étrangers les antiques usages des Francs : pour le droit romain, un rapide examen de la jurisprudence des Parlements m'en suffira ; je terminerai par l'examen des ordonnances communes à toute la France sur cette matière des donations entre époux. Encore faut-il accepter avec prudence, du moins en droit privé, cette épithète de « général » appliquée à un édit : trop souvent la jurisprudence accommode l'ordonnance aux habitudes juridiques de la région ; et l'on peut remarquer que la monarchie a plus en vue l'unification des coutumes que celle du droit français. Il faut attendre l'époque intermédiaire pour trouver des lois applicables sans restriction à toute la France.

CHAPITRE PREMIER

ÉPOQUE FRANQUE

Il n'entre pas dans mon sujet de traiter des diverses libéralités dont le mariage était l'occasion chez les Barbares. Cependant je dois tracer une légère esquisse du régime matrimonial reçu chez les Francs, afin de pouvoir indiquer plus tard la matière des donations entre conjoints. Le mari acquérait sur la personne et les biens de l'épouse tous les droits compris dans le *mundium*, notamment la faculté d'habiliter la femme à tous les actes de la vie civile, celle d'administrer ses immeubles, d'en jouir, et de disposer des meubles à sa volonté. A l'époque de la rédaction des lois barbares, le mari payait un sou et un denier à ceux qui exerçaient le *mundium* sur la jeune fille ; mais à l'origine le prix d'achat de la puissance maritale avait été sérieux ; au reste, le *reipus*, dû par celui qui épousait une veuve à la famille du premier mari, était plus élevé. Si la femme n'était plus achetée réellement, elle recevait un dot fixée par la libre convention des parties (quelques lois pourtant en limitaient le taux) ou imposée par la coutume, et réglée d'avance. La loi ri-

puaire est remarquable en ce qu'elle accorde à l'épouse le tiers des acquêts réalisés pendant le mariage. La dot légale n'était qu'un gain de survie ; mais la liberté des conventions autorisait le mari à conférer à la femme un droit actuel et transmissible sur la dot conventionnelle ; il s'interdisait par là, le droit de disposer gratuitement des biens compris dans la constitution de dot, mais non celui de les aliéner à titre onéreux ; en ce cas la femme ne pouvait réclamer le prix, s'il avait été consommé. Il était d'usage que le mari fit le lendemain du mariage, à sa femme, une donation appelée *morgengabe* et sur laquelle elle obtenait un droit actuel ; toutefois, le *morgengabe*, confondu avec la dot sous le nom de *dotatitium*, finit par n'être plus qu'un gain de survie ; de la tradition autrefois exigée le lendemain du mariage, il resta en droit coutumier la nécessité du consentement à l'aliénation des objets compris dans le douaire.

J'arrive aux donations effectuées durant le mariage. La loi de Luitprand les interdit formellement : *Nulli sit licentia conjugum suarum de rebus suis amplius dare per quaecumque ingenium nisi quod in die votorum in mintphio et morgengabe dederit* (cap. ciii). Mais la loi ripuaire les autorise : *Si quis procreationem filiorum non habuerit, omnem facultatem suam in præsentia regis, sive vir mulieri sive mulier viro adoptare in hereditate seu per scripturarum seriem seu per traditionem et testibus adhibitis ad fitimi... licentiam habeat* (cap. XLVIII). La

loi salique, qui nous intéresse davantage, ne parle pas expressément des dons entre époux ; mais le huitième des chapitres extravagants en suppose la possibilité. L'on possède, au reste, de nombreuses formules de dons entre époux, qui suppléant au silence de la loi, nous enseignent les formes et les conditions de ces libéralités. Tantôt l'acte est passé devant le roi ou le comte (Marc., L. 1, XII), tantôt, les parties se contentent d'un écrit privé (Marc., L. 2, VII, VIII ; form. L indenb. XIII), mais une tradition devant témoins suffit comme le montre la loi ripuaire.

Les formules supposent qu'il n'est pas né d'enfants du mariage ; mais doit-on faire de la présence de descendants un obstacle aux dons entre les époux ? Sans nul doute, sous l'empire de la loi ripuaire (cap. XLVIII), mais nous n'avons aucun indice certain pour la loi salique. Un testateur appelle sa femme en concours avec ses fils à sa succession (Marc., L. 2, XVII) ; toutefois l'irrévocabilité de la donation entre-vifs pouvait rendre la loi plus exigeante pour cet acte que pour un testament révocable ; d'autre part, si, comme le propose Pardessus, le mot dot dans le ch. VII, extrav. de la loi salique, embrasse toutes les donations faites à l'épouse, la donation est possible même quand des enfants sont issus de l'union du donataire avec le donateur. Bien que les donations mutuelles soient les plus fréquentes, la loi ripuaire n'impose pas la mutualité comme condition légale ; enfin, les formules supposent

toutes la survie du donataire, l'une d'elles invoque le droit romain (form. Tur., XVII).

Le mari pouvait donner à sa femme non seulement les meubles et les acquêts, mais aussi ses propres ; de son côté la femme avait à lui donner tant les biens dont elle conservait la nue propriété que ceux qu'elle avait reçus en dot et en *morgengabe*.

La loi ripuaire voulait qu'au décès du donataire, les biens qu'il tenait de la générosité de son conjoint passassent aux héritiers du donateur (cap. XLIX); aussi les formules emploient-elles l'expression *usufructuarius ordo* pour désigner son droit. Dans les autres parties de l'empire franc, le retour des objets donnés aux successeurs du donateur n'est pas exigé, car la formule XVII de Sirmond parle d'une donation *in perpetuum*. Quoiqu'il en soit, le droit viager du conjoint n'est pas un véritable usufruit : en effet la loi elle-même reconnaît au donataire la faculté non seulement de jouir des biens dont il avait été gratifié, mais aussi de les aliéner et d'en consommer la valeur pour ses besoins personnels, d'en faire des legs pieux. D'après la loi salique, la veuve chargée d'enfants qui se remariait perdait tout pouvoir de disposer de ce qu'elle tenait de son premier mari, et les enfants nés des subséquents mariages n'y avaient aucune part (cap. VII, extrav.). Je pense qu'il n'est pas téméraire d'avancer que cette disposition a été empruntée par les Francs au droit des Gallo-Romains.

CHAPITRE II

DROIT COUTUMIER ANTÉRIEUR A LA RÉDACTION DES COUTUMES

A partir du moment où les *consuetudines terrenæ*, comme s'exprime une formule, eurent définitivement remplacé les lois personnelles, chercher l'expression du droit commun dans l'infinie variété des usages locaux, me paraît être le seul travail utile pour le juriconsulte. Le droit français primitif ne devait restreindre en aucune façon la faculté reconnue par les coutumes barbares aux époux de s'avantager réciproquement par don ou par legs : en pratique les donations mutuelles étaient, sans doute, de beaucoup les plus fréquentes. Mais bientôt l'étude de la législation romaine, admirée par les légistes pour ses *belles raisons*, inspira aux praticiens la prohibition progressive des donations et même des legs entre époux.

Comme on le comprend aisément, ce fut dans les provinces confinant aux pays de droit écrit que l'influence romaine se fit d'abord sentir. La comparaison

des premiers documents de notre droit le montre clairement. Beaumanoir s'exprime ainsi : « Il est coutume bien approuvée que li hom, pot lessier à sa femme ou la femme à son seignour (Cout. de B., XII, 4) et le jurisconsulte ne fixe pas de réserve spéciale vis-à-vis du conjoint. P. des Fontaines enseigne aussi que : « Ce qu'on peut lessier à estrange personne on peut en lessier à un de ses enfants et à sa femme meisme (*Conseil d'un ami*, XXXIII, 14). Ces deux passages s'appliquent à des legs et non à des donations ; mais Beaumanoir, toujours si exact, ne manquerait pas de nous apprendre une règle aussi importante que celle de la prohibition des dons entre époux. En Anjou, en Touraine, en Orléanais, en Champagne, peut-être aussi en Parisis, la femme est incapable de faire à son mari une donation entre-vifs, elle peut lui donner à cause de mort ou lui léguer le tiers de ses propres et tous ses meubles et conquêts quand elle n'a pas d'héritier mâle. Ces renseignements nous sont fournis par les *Etablissements de saint Louis* et l'abrégé champenois. Voici comment s'exprime le rédacteur des *Etablissements* : « Feme ne puet riens doner à son seignour tant comme ele soit saine, que li dons fut pas estables ; car par aventure, ele ne li aurait pas doné de son bon gré ni de sa bone volonté : ains l'aurait doné par crainte qu'il ne li en fit pis, ou por le grant amor qu'ele aurait à li. Mais avant qu'ele l'aüst prins, elle li li peust bien doner le tierz de son héritaige, ou à sa mort, ou quand elle serait ma-

lade, porcoi ele n'aust hoir male » (liv. I, cap. cxviii, éd. Viollet). Cette prohibition n'atteignant que les libéralités adressées par la femme à son mari, s'est maintenue et aggravée en Auvergne jusque dans le dernier état du droit coutumier (art. 95, 183).

La raison invoquée par l'auteur des *Etablissements* est que la femme soumise à la puissance maritale ne jouit pas de sa pleine liberté; pour le mari, on lui suppose assez de raison pour résister aux sollicitations de sa femme. En reconnaissant dans la situation particulière des conjoints le motif de la prohibition, le jurisconsulte angevin se rencontre avec les prudents de l'ancienne Rome; mais il s'attache plus à la situation de droit qu'à celle de fait. Et d'ailleurs, à cette époque encore rude, où la tutelle perpétuelle des femmes venait à peine de disparaître, l'influence de l'épouse sur celui que l'on considère comme son baron devait être bien faible. En Orient, la règle romaine passa intégralement dans la coutume du royaume de Jérusalem (*Assises de la cour des bourgeois*, ch. CLXXIII, éd. Beugnot).

Ce fut au xiv^e siècle que s'établit définitivement la prohibition des donations entre époux dans le droit commun coutumier: beaucoup de coutumes allèrent jusqu'à l'interdiction des legs. Jacques d'Ableiges dans son *Grand coutumier* (ch. xxxii), J. de Bouteiller dans la *Somme rurale* (titre XCIX), J. Desmares (déc. 235) sont unanimes à le constater. De la lecture de leurs

écrits, on peut facilement se convaincre que la nouvelle jurisprudence se rattache au droit romain. « Ces dons, dit Bouteiller, n'ont de couleur raisonnable ni tolérable ». On sait de reste, qu'à cette époque, les institutions les plus solides du droit coutumier furent menacées et ne reprirent crédit qu'au xvi^e siècle, sous l'influence des idées nobiliaires. J'estime d'ailleurs que les coutumes ne sont point passées de la liberté absolue à la prohibition absolue. Elles ont dû connaître un état intermédiaire où la défense ne s'adressait qu'à la femme, l'autorisation maritale paraissant insuffisante à protéger l'épouse contre son conjoint partie à l'acte; cet inconvénient avait été signalé dès le xiii^e siècle dans les *Etablissements de saint Louis*. Au siècle suivant, le fait nouveau, mis en lumière par Bouteiller et J. d'Ableiges, c'est l'incapacité qui frappe le mari.

Mais, si en principe la coutume ne permet pas aux conjoints de s'avantager par dons entre-vifs, ni même par testament, le don mutuel, si profondément enraciné dans les habitudes nationales, a triomphé des attaques des jurisconsultes trop épris de droit romain; et cependant la pratique ne l'a conservé qu'en lui imposant certaines restrictions, en masquant son caractère d'acte libéral. Dès lors, la donation mutuelle entre époux, obéissant à des règles spéciales, prend un nom technique particulier: *Ad hoc quod donatio mutua inter virum et uxorem valeat, oportet quod sit æqualis et utroque sano stante sit facta*, nous apprend d'Ableiges. J. de

Bouteiller dit aussi : « Se peuvent faire dons et amendements entre les susdits mari et femme, que layement on appelle revestissement, et sont ainsi appelés pource qu'autant en amende l'un que l'autre ». L'égalité nous apparaît comme un caractère essentiel à la validité du don mutuel. D'après l'auteur du *Grand coutumier* comme d'après celui de la *Somme rurale*, tous les biens peuvent être compris dans le don mutuel, mais il est indispensable que les conjoints aient des biens de même nature, et qu'ils s'en promettent la même quotité, sans quoi les donations ne seraient plus égales; J. des Mares, contemporain des jurisconsultes que je viens de citer, limite aux meubles et conquêts l'avantage permis aux époux (déc. 235); il est assez curieux que les coutumes notoires du Châtelet ne mentionnent pas cette restriction. Elle avait pour but d'établir une égalité parfaite de vocation, car les conjoints avaient à se donner des biens de même valeur, tandis que les propres entrant dans le don mutuel, on devait se contenter d'une égalité de quotité. Cette limitation proposée sans doute par les conseillers au Parlement fit fortune et devint droit commun au siècle suivant. A Paris et dans la plupart des coutumes, une idée nouvelle se dessina au xv^e siècle; les jurisconsultes entourèrent de protections exagérées la vocation successorale des parents, firent restreindre le don mutuel à l'usufruit de la portion du prédécédé dans la communauté; or, J. Desmares, l'auteur le moins favorable aux

droits du conjoint survivant, constate expressément, à la fin du xiv^e siècle, que le douataire mutuel peut jouir à vie ou à héritage. Ainsi, au moment où les coutumes vont être rédigées, le don mutuel se définit une donation égale et réciproque que se font deux conjoints, à condition de survie, de la jouissance des biens de leur communauté. De la sorte, le don mutuel s'harmonisait avec le régime matrimonial de droit commun; tandis que le patrimoine propre à chacun des époux était réservé à la famille, mis hors d'atteinte des donations les plus redoutables pour les parents, le survivant conservait la jouissance des meubles et conquêts dont il se voyait contraint de partager la propriété avec les héritiers du prédécédé; du moins, sa situation de fait n'était pas gravement modifiée. Les premiers rédacteurs de la coutume de Paris, après une longue délibération, ne permirent plus le don mutuel qu'entre conjoints privés d'enfants.

J. d'Ableiges nous apprend qu'afin d'empêcher les donations indirectes, tous les contrats étaient prohibés entre époux; mais le régime matrimonial leur fournissait un trop facile moyen d'éluder la loi. La communauté comprenant les meubles et les conquêts immeubles, sans que l'origine des biens fût prise en considération, la vente d'un propre, l'amélioration d'un propre à deniers communs enrichissaient l'un des conjoints au détriment de l'autre. La pratique avait bien imaginé diverses clauses pour maintenir le caractère

de propres aux produits des propres, mais la protection resta insuffisante jusqu'à ce que la doctrine et la jurisprudence du xvi^e siècle eussent édifié la théorie des récompenses. Les trois patrimoines du mari, de la femme, de la communauté, devaient se faire raison de leurs profits indus.

CHAPITRE III

DROIT POSTÉRIEUR A LA RÉDACTION DES COUTUMES

SECTION PREMIÈRE

DIVISION DES COUTUMES

Au xvi^e siècle, la prohibition des libéralités entre gens mariés était de droit commun coutumier, mais plusieurs provinces s'arrêtèrent à mi-chemin dans la voie où les avaient entraînées les jurisconsultes du xiv^e siècle. Certaines même conservèrent intacts les usages du moyen âge. Aussi bien, les auteurs postérieurs à la rédaction officielle, distinguent quatre classes de coutumes.

La première et la plus nombreuse comprend celles qui prohibent les legs comme les donations entre-vifs (Paris, Orléans, Artois, etc.).

La seconde renferme celles qui ne défendent que les donations entre-vifs : mais parmi elles, les unes fixent une quotité disponible spéciale entre époux

(Reims), les autres laissent toute latitude (Chartres, Péronne). Plusieurs distinguent s'il y a ou non des enfants (Mantes).

La troisième classe comprend les coutumes qui autorisent à la fois les legs et les donations révocables (Poitou, Touraine). Mais les donations révocables étant assimilées aux donations à cause de mort, elles parurent prohibées après l'ordonnance de 1731. C'était là une erreur manifeste qui ne fut pas commise dans les pays de droit écrit. Je m'expliquerai plus loin sur l'interprétation des articles de l'ordonnance.

Dans la quatrième classe, on doit ranger les coutumes qui permettent les donations irrévocables et les legs (Angoulême, Noyon).

Bien que les coutumes les plus importantes prohibent à la fois les legs et les donations entre époux, un texte précis est nécessaire pour fonder la défense des legs ; elle n'a pas lieu dans les coutumes muettes. Ainsi le droit commun coutumier s'en tient à la prohibition des donations entre-vifs. D'ailleurs, comme tout ce qui touche les libéralités quelconques entre conjoints est d'ordre public, la matière est de statut réel. Aucune difficulté pour les immeubles par nature ni pour les offices : les rentes sur le roi étaient réputées situées au bureau où elles étaient payables : les rentes sur particuliers, assimilées aux meubles, suivaient la loi du domicile du créancier. On suivait la loi du domicile matrimonial actuel pour les donations : à l'égard des

legs, l'on s'attachait au domicile au jour du décès. Les changements de résidence modifiaient donc la capacité des époux à ce point de vue spécial, mais on ne pouvait tenir compte d'un domicile simulé. J'ai dit que la prohibition, qui frappait les gens mariés, était une règle d'ordre public. Toutefois, dans la coutume de Bourgogne, il était permis d'y déroger par contrat de mariage.

SECTION II

ÉTENDUE ET SANCTION DE LA PROHIBITION

La prohibition commence dès la bénédiction nuptiale et ne cesse point par la séparation de corps : elle existe même quand le mariage est entaché de nullité, car en droit canonique, comme dans le droit civil moderne, il ne cesse de produire ses effets qu'après la sentence du juge. Plusieurs coutumes, par un motif d'honnêteté publique, défendent les libéralités entre concubins. Si, en principe, toutes les donations sont interdites entre époux, leur situation commande d'apporter quelques tempéraments à la rigueur du droit. Ainsi les présents d'usage, le commodat sont licites entre conjoints séparés de biens (sous le régime de communauté, ces donations ne se comprennent pas). Mais les commentateurs des coutumes sont loin de se montrer aussi généreux que les jurisconsultes romains ;

ils rejettent cet axiome que les donataires ne sont tenus que de leur enrichissement au jour où l'action est intentée. Toute somme encaissée par le conjoint l'enrichit de son montant quoi qu'il advienne plus tard. C'est que les auteurs des derniers siècles entendent bien moins protéger l'époux donateur que sa famille contre des libéralités auxquelles ne saurait s'appliquer ni en droit ni en fait la maxime « Donner et retenir ne vaut ».

Les donations indirectes sont défendues comme les avantages directs : les contrats, notamment la vente, sont interdits; la théorie des récompenses maintient l'égalité entre les patrimoines du mari, de la femme et de la société conjugale. L'époux qui renonce à une succession ou à un legs en faveur de son conjoint est réputé donateur, mais non celui qui exécute intégralement une disposition testamentaire sans se prévaloir de la réserve des quatre quints.

La décision du droit romain a été rejetée parce que l'héritier se dépouille véritablement en renonçant à un droit dont il est saisi. Quand une donation est faite à une personne qui doit restituer au conjoint du donateur, ses héritiers peuvent prouver la fraude par tous les moyens, et déférer le serment au tiers interposé. Les ascendants et descendants des conjoints sont légalement présumés personnes interposées. Les coutumes muettes à cet égard ont été suppléées par des arrêts de règlement (1729, 1734, 1742);

quelques-unes ont prohibé les libéralités faites à ceux dont le conjoint était héritier présomptif; ce droit, alors exceptionnel (Bourbonnais, Auvergne) a passé au Code civil. L'art. 283 de la coutume de Paris est inintelligible : « *Ne peuvent lesdits conjoints donner aux enfants l'un de l'autre d'un précédent mariage, au cas qu'ils ou l'un d'eux aient enfants.* » En effet, la défense adressée au donateur suppose évidemment que le donataire indirect a des enfants. Que signifient ces mots « *ou l'un d'eux* » qui paraissent restreindre la prohibition? Un arrêt de 1583 a interprété l'article de la sorte : Le conjoint qui a des enfants d'un premier lit ne peut donner à ceux qu'a eus le donataire d'un mariage précédent. En droit commun l'on ne se montrait point si favorable aux époux, puisque la donation faite aux descendants du véritable bénéficiaire étaient toujours nulles.

La sanction de la prohibition est la nullité des actes passés entre gens mariés *donationis causa* : une action compétait au donateur qui s'était en fait dessaisi de la possession au profit du donataire. Celui-ci était toujours tenu d'une action personnelle tendant à la restitution de son enrichissement apprécié au jour de la donation, car il s'était obligé à rendre avec tous ses produits et en bon état la chose qu'il détenait illicitement; et la perte par cas fortuit pouvait seule le libérer de sa dette. Le plus souvent, l'action personnelle était subsidiaire; car la tradition et la quasi-tradition n'avaient

pu transférer le droit réel au donataire : tant que l'objet restait en nature ès mains du conjoint, de ses héritiers, ou de ses successeurs particuliers, le donateur conservait la revendication. Les acquéreurs qui avaient juste titre et bonne foi ne rendaient pas les fruits, invoquaient à bon droit la prescription acquisitive, après dix ou vingt ans quand il s'agissait d'immeubles, après trois ans quand il s'agissait de meubles. L'action personnelle servait à obtenir du donataire tout ce qui n'entrait pas dans l'action réelle. Au reste, la prescription libératoire ne courait qu'à partir du décès du donateur, car son silence procurait à son conjoint un avantage indirect. Nos anciens auteurs avaient tranché une question fort controversée en droit romain. Ils admettaient sans difficulté, bien que la cession de créance à titre gratuit fût nulle entre époux, la libération du débiteur cédé qui avait payé le cessionnaire.

SECTION III

DU DON MUTUEL ENTRE CONJOINTS

Comme je l'ai dit plus haut, le don mutuel était reçu dans presque toutes les coutumes et y obéissait à peu près aux mêmes règles. Cependant, à Chartres, il était interdit ; dans l'Artois il prenait le nom d'entravestis.

sement qu'il portait déjà dans la *Somme rurale*. A l'époque franque la donation mutuelle, si commune entre mari et femme, ne présentait aucun caractère spécial qui la distinguât des autres donations; mais, les jurisconsultes avaient fait du don mutuel une institution originale, dont je dois maintenant exposer le mécanisme en droit commun.

Pothier définit une libéralité de cette sorte « un don entre-vifs égal et réciproque que deux conjoints par mariage se font l'un à l'autre, à défaut d'enfants de l'un et de l'autre, et en cas de survie, de l'usufruit des biens de leur communauté, aux charges portées par les coutumes » (*Donations entre mari et femme*, n° 129).

Je me propose d'étudier successivement la nature du don mutuel, les conditions intrinsèques et extrinsèques requises au moment de la formation du contrat, celles qui le sont à l'ouverture du droit du conjoint, les charges qui grèvent la jouissance du donataire.

On pouvait se demander si cette convention n'était pas plutôt une sorte de contrat aléatoire qu'une donation proprement dite, la créance du donataire éventuel se trouvant compensée par sa promesse d'égale valeur; l'incertitude du gain espéré effaçait la gratuité de l'acte, et l'on s'explique alors que l'inégalité des portions attribuées aux donataires amène la nullité et non la réduction à la plus faible des deux parts: elle vicie et dénature le contrat en laissant, si j'ose ainsi dire, l'époux le plus généreux à découvert pour partie. N'est-

ce pas aussi sur ce caractère d'acte synallagmatique que se fonde l'irrévocabilité du don mutuel autant et plus que sur sa nature d'acte entre-vifs. Et cependant, on le traitait comme une libéralité véritable, d'après l'intention des parties, sans s'arrêter aux conditions qu'il exigeait : c'est ainsi, dit un auteur, que la vente que fait un associé de sa part d'une maison à son *condominus* est regardée comme un partage, quand il met fin à l'indivision. Ricard tirait de l'assimilation du don mutuel à la donation proprement dite cette conséquence qu'il était soumis au retranchement de la légitime et de l'édit des secondes noces, dans les coutumes qui ne le prohibaient pas en présence d'enfants.

L'irrévocabilité du don mutuel ne permettait plus de disposer par testament de la communauté, mais elle ne portait point atteinte aux droits du mari, car le donataire ne prenait qu'une quote-part de biens communs au jour du décès du prémourant. Le don mutuel n'était possible qu'autant que les époux se trouvaient en communauté ; si, par contrat de mariage, ils l'avaient écartée, si même ils avaient adopté la clause de forfait de communauté, ce tempérament à la prohibition des donations leur était refusé. Un don mutuel, convenu après une séparation judiciaire était valable, si plus tard la communauté se trouvait rétablie. Il n'y avait aucun empêchement à ce que les époux se donnassent réciproquement moins que leur part d'associé : en ré-

servant ainsi une certaine somme ou quotité de biens, ils se maintenaient le droit d'en faire des legs.

Une égalité absolue était de rigueur à peine de nullité : si la femme, par contrat ne devait prendre que le tiers de la communauté, son mari ne lui pouvait donner que la moitié de sa part. La coutume voulait que les époux fussent sains de corps et d'entendement, quand ils passaient l'acte (Paris, art. 280) ; dans quelques pays même, il fallait qu'il y eût entre eux une certaine égalité d'âge, afin qu'il se rencontrât égalité d'espérance (Auxerre, art. 222). Cette clause de droit exceptionnel n'offrait aucune difficulté ; mais la condition précédente était plus délicate : pour les uns elle reproduisait le droit commun, en matière de donations : le don mutuel ne pouvait être fait pendant le cours de la dernière maladie du donateur ; pour les autres, les rédacteurs de la coutume s'étaient montrés plus exigeants : ils avaient entendu défendre le don mutuel toutes les fois que l'un des conjoints se trouvait en danger de mort, alors même qu'il y échappât.

Le don mutuel doit être passé devant notaire et insinué dans les quatre mois (Paris, art. 284) ; cette formalité est exigée dans l'intérêt du donateur seulement, car il n'est pas opposable aux créanciers, ni aux tiers acquéreurs : le défaut d'insinuation ne peut être opposé à la femme, car le mari, comme administrateur légal des biens de celle-ci, était tenu de veiller à la conservation de ses droits. Quelques auteurs avaient pensé

que la femme pouvait se prévaloir de ce que l'acte n'avait pas été insinué ; mais leur opinion n'était pas soutenable.

Le don mutuel s'ouvre par la mort naturelle ou civile de l'un des conjoints, au moins à l'époque de Pothier, car un arrêt solennel rendu en 1549 décidait qu'on ne s'attachait qu'à la mort naturelle. Dans la plupart des coutumes, le don mutuel était caduc, si au décès du prémourant il y avait des descendants communs ou issus de précédents mariages (Paris, article 280); on ne comptait pas les enfants morts civilement ou exhérédés. Quelques auteurs avaient pensé, sous l'ancienne coutume, que les enfants de mariages antérieurs laissaient subsister le don mutuel ; mais la coutume réformée avait nettement tranché la question dans le sens de la négative. En 1580, on avait élucidé un autre point obscur : l'on s'était demandé s'il fallait que les conjoints n'eussent pas d'enfants au jour du contrat ni à celui de l'ouverture de la donation, ou s'il suffisait qu'ils n'en eussent pas au décès du prémourant ; c'est pour ce dernier parti que l'on avait opté. Dumoulin pensait que les enfants pouvaient consentir au don mutuel : mais son opinion fut rejetée, car leur consentement ne paraissait pas libre.

Les époux qui devaient être communs en biens au moment du contrat, devaient l'être encore au moment où s'ouvrait le don mutuel. La renonciation de la femme se produisant postérieurement, n'avait, à cet égard,

aucun effet rétroactif et ne rendait pas caduc le don mutuel (Ricard, *Don mutuel*, ch. v, sect. III, n° 168) : la renonciation de ses héritiers faisait évanouir la libéralité faute d'objet, puisque le mari survivant était propriétaire de toute la communauté. Mais lorsque la femme avait stipulé la reprise de son mobilier, le mari pouvait-il prétendre en jouir, les effets s'étant trouvés communs au temps de l'ouverture du don mutuel ? On l'admettait généralement ; Ricard, toutefois, pensait que le mobilier repris était propre et que le don mutuel ne pouvait s'y asseoir. Une controverse pariait les juristes qui s'attachaient à la composition de la société à l'instant de sa dissolution : ceux-ci faisaient porter l'usufruit du mari sur la moitié des reprises, sous prétexte que pendant le mariage il avait été propriétaire de l'autre moitié ; ceux-là l'étendaient sur tout le mobilier prélevé, la femme ayant promis la jouissance de toute sa part de communauté. Pour les mêmes raisons, la femme survivante et renonçante jouissait de tout ce qui restait ès-mains des héritiers du prédécédé, ses apports prélevés. Ricard, considérant que le mobilier repris était un propre, n'accordait à la veuve que l'usufruit de la moitié de la portion des héritiers du mari.

Je suppose, maintenant, que la femme accepte la communauté et que le don mutuel porte sur toute la part de l'autre conjoint : elle cumulera le douaire avec la donation assise sur la masse, augmentée des rap-

ports, diminuée des prélèvements ; au cas de récompense due par le mari à la communauté, une difficulté s'élevait : le fonds social comprend, par hypothèse, 20,000 livres, plus une créance de 5,000 livres contre le mari : la femme jouira-t-elle de 12,500 livres ou de 10,000 seulement ? Le mari survivant aurait certainement joui de 12,500 livres, la femme ne pourra avoir moins ; mais la créance de la communauté ne s'est-elle pas éteinte par confusion pour la part du mari, en sorte qu'il ne revient que 10,000 livres à ses héritiers ? Pour maintenir l'égalité, on décidait que la veuve devait jouir de 12,500 livres.

De droit commun, le donataire mutuel n'était pas saisi (Paris, art. 284) ; il était obligé de se faire délivrer par les héritiers les objets compris dans la libéralité : un inventaire fixait la valeur du mobilier sans qu'on ajoutât la crue du parisis ; l'estimation valait vente au profit de l'usufruitier qui restituait la somme portée à l'inventaire, quand son droit avait pris fin. Les héritiers avaient toujours la faculté de provoquer une nouvelle expertise à leurs frais (Paris, art. 288). Le donataire mutuel touchait les capitaux exigibles, les arrérages des rentes foncières, ou constituées (Paris, art. 285) ; les rentes viagères assises sur sa tête étaient estimées et il devait rendre la moitié de leur valeur : on ne les croyait pas, en effet, susceptibles d'un véritable usufruit.

L'époux survivant devait supporter toutes les charges

de jouissance : il donnait caution sans que l'acte pût le décharger de cette obligation, il n'obtenait délivrance de son don qu'après avoir présenté un fidéjusseur. Il acquittait les cens, rentes et tailles réelles, faisait les réparations d'entretien, avançait les frais funéraires et la part du précédédé dans les dettes communes (Paris, art. 286, 287). Il n'était pas chargé des legs, il se remboursait de ses avances par voie de compensation toutes les fois que c'était possible, les créanciers de la communauté qui, avant l'entrée en jouissance du donataire pouvaient saisir les biens donnés, avaient toujours le droit de pratiquer saisie-arrêt entre ses mains, mais ils n'avaient pas celui de le poursuivre.

Plusieurs coutumes, notamment celle de Paris, faisaient contribuer aux dettes les héritiers des propres; comme le donataire mutuel ne leur enlevait point l'usufruit de leurs parts, on avait pensé qu'il ne devait point avancer la portion des dettes mobilières qui les grevait, mais on répondait très justement que pour lui, le règlement établi entre les cohéritiers, demeurerait *res inter alios acta*, qu'il avait donc l'obligation d'avancer la moitié des dettes communes. L'héritier des meubles et acquêts qui se trouvait avoir supporté plus que sa part, recourait contre l'héritier des propres.

L'usufruit du donataire mutuel cessait par sa mort naturelle ou civile, mais non par son convol : il restituait les immeubles en bon état et la valeur estimative du mobilier, déduction opérée de ce qu'il avait avancé.

Les rédacteurs de la première coutume de Paris, avaient prohibé le don mutuel au cas où les époux laissaient des enfants, et leur sévérité avait été imitée dans beaucoup de régions ; mais en 1580, les réformateurs donnèrent satisfaction aux justiciables qui blâmaient justement la rigueur du droit, en permettant aux parents de se faire concéder par leurs enfants la jouissance de leur part dans la communauté. *Père et mère mariant leurs enfants, peuvent convenir que leurs dits enfants laisseront jouir le survivant de leurs dits père et mère des meubles et conquêts du prédécédé, la vie durant, pourvu qu'il se marie. Et n'est réputé tel accord avantage entre les conjoints* (art. 281).

Ce n'était pas là un véritable don mutuel, mais un pacte sur succession future ; l'enfant promettait dans son contrat de mariage qu'il ne demanderait pas le partage de la communauté et abandonnerait au survivant les fruits et revenus de tous les biens communs ; en échange de cette promesse, il recevait de ses parents une dot dont la jouissance le récompensait de la privation temporaire de sa part des meubles et conquêts. Ainsi le contrat s'analyse en un forfait plutôt qu'en une pure libéralité, aussi la mère renonçant à la communauté, ne pouvait se prévaloir de la convention, quand elle n'était pas personnellement obligée à la dot, mais seulement en tant que commune. La jurisprudence considérait que l'enfant doté était délié de son obligation quand les autres enfants non mariés demandaient

le partage ; on alléguait qu'en ne venant pas au partage, l'enfant eut été désavantagé ; or la coutume prohibait tout préciput. Pothier ne comprenait pas comment le fait d'autrui pouvait libérer un débiteur, et il ajoutait que la jouissance de la dot reçue du survivant, était censée compenser celle que l'enfant perdait sur les biens communs. En tout cas, s'il venait au partage, au moins devait-il imputer toute la dot sur la succession du prémourant.

Cette convention de l'art. 281 était licite entre aïeuls et petits-enfants. Mais, quand le grand-père mariait son petit-fils, du vivant de son fils, celui-ci devait intervenir au contrat, comme le plus proche héritier ; comme il ne recevait rien, on avait douté quelque temps de la validité du contrat. Rien à dire sur les obligations et les droits des père ou mère usufruitiers qui ne fût semblable à ce qui s'observait dans le don mutuel, leur jouissance toutefois cessait par le convol.

La coutume de Paris était la seule à autoriser ce pacte sur succession future ; dans les autres provinces on arrivait au même résultat en interdisant aux enfants que l'on mariait de demander le partage de la communauté ; le descendant qui ne respectait pas la convention était tenu d'imputer toute sa dot sur la succession du prédécédé.

CHAPITRE IV

PAYS DE DROIT ÉCRIT

Le droit romain qui formait, au midi de la France, la grande coutume générale, n'avait pas été modifié par les statuts locaux en cette matière des donations entre époux ; on appliquait toujours le sénatus-consulte de Caracalla. Les deux réformes de Justinien (validité du pacte nu, insinuation) n'avaient eu, d'après nos anciens auteurs, aucune influence sur la nature des libéralités permises aux conjoints ; elles continuaient de valoir après confirmation, comme donations à cause de mort. Cujas, cependant, jugeait que la loi Falcidie leur était inapplicable, vu la rétroactivité de leurs effets au jour de l'insinuation ; mais la doctrine et la jurisprudence décidaient unanimement que les donations, même régulièrement insinuées, ne pouvaient être opposées aux créanciers du donateur. On disait que ces libéralités avaient bien effet rétroactif *quoad fructus*, mais non *quoad dominium*, du moins quand la rétro-

activité eut nui aux tiers, car il paraissait évident que l'aliénation consentie par le donataire devenait valable après le décès du donateur. La Cour de Toulouse s'est prononcée en ce sens par arrêt du 12 sept. 1623, confirmant un jugement du sénéchal (Cambolas, livre V, ch. vi).

Cette assimilation des donations entre époux aux donations à cause de mort faillit amener leur prohibition après l'ordonnance de 1731. L'art. 46 réservait bien à un édit postérieur (qui n'a jamais paru) le soin de pourvoir aux donations entre mari et femme, laissant à leur égard subsister les anciennes pratiques, mais l'art. 3 semblait ne maintenir que deux formes de disposer à titre gratuit : la donation et le testament. Le Parlement de Paris jugea que depuis l'ordonnance, les donations *mortis causa* n'étaient plus reçues en France ; que, en conséquence, les coutumes de Touraine et de Poitou d'une part, le sénatus-consulte d'autre part, se trouvaient abrogés. En effet, les libéralités qu'ils autorisaient ne revêtaient point la forme codicillaire ou testamentaire, puisque deux notaires ou un notaire et deux témoins suffisaient à passer l'acte ; mais si en la forme, elles paraissaient des donations entre-vifs, pour l'être vraiment elles manquaient d'une condition essentielle, l'irrévocabilité.

Mais les Parlements du Midi donnèrent à l'ordonnance une interprétation toute différente, approuvée par le chancelier d'Aguesseau. L'art. 3 ne statuait que

sur la forme extérieure de l'acte, et non sur le fond même du droit, et comme entre époux, les formalités nouvelles qu'imposait l'ordonnance étaient inapplicables, rien n'avait été changé dans les usages des pays de droit écrit où le sénatus-consulte subsista jusqu'au Code civil.

CHAPITRE V

ÉDIT DES SECONDES NOCES

(1560)

En pays de droit écrit, les constitutions *Fœminæ quæ* et *Hac edictali...* étaient appliquées comme toutes les autres lois romaines que n'avaient point abrogées les statuts locaux ; mais les coutumes ne contenaient aucune disposition spéciale sur les donations faites par les personnes ayant enfants à leurs subséquents conjoints. Un scandale décida le chancelier M. de l'Hospital à faire rendre par le roi François II un édit tendant à introduire, en pays de coutumes, des dispositions semblables à celles des constitutions romaines précitées.

Le premier chef de l'ordonnance défendait à la veuve qui convolait de donner d'une manière quelconque, à son second ou subséquent mari, plus qu'une part d'enfant et si les enfants succédaient inégalement, le second conjoint ne pouvait recevoir plus que celui des descendants qui prenait le moins. Le second chef ordonnait aux veufs et veuves de conserver aux enfants

issus de leur premier mariage les biens qu'ils avaient reçus de leurs conjoints. Quoique la prohibition des donations entre-vifs pendant le mariage fût portée par presque toutes les coutumes, qu'ainsi l'édit ne touchât pas à mon sujet, cependant, comme dans plusieurs provinces, la présence de descendants n'était pas un obstacle au don mutuel, auquel l'édit s'appliquait, je ne saurais le passer sous silence.

Ce qu'il me paraît intéressant de noter, c'est surtout la divergence entre l'ordonnance de 1560 et les lois romaines.

Je prends le premier chef. Il ne parle que de la veuve, tandis que la constitution *Hac edicta* est commune au veuf et à la veuve ; la jurisprudence fit disparaître cette injuste inégalité en étendant au veuf ce que l'édit disait de la veuve. Il répute personnes interposées, les ascendants et descendants du second conjoint ; en droit romain, c'est pour un tout autre motif que la défense atteint ceux qui sont unis au second époux par les liens de la puissance paternelle. Lorsqu'il y avait lieu à réduction, le droit romain attribuait les biens retranchés aux seuls enfants du premier lit, encore devaient-ils se porter héritiers du donateur ; l'édit, au contraire, appelait au partage des parts caduques tous les descendants non exhéredés, même s'ils avaient renoncé, car le droit qu'ils exerçaient ne dépendait que de leur qualité d'enfants : toutefois, bien qu'ils ne vinssent pas comme héritiers, le fils aîné

conservait son droit d'aînesse, parce qu'autrement le préjudice dont il souffrait n'eut pas été réparé. En droit romain, le second conjoint ne prenait aucune part aux biens retranchés de la donation, la jurisprudence française s'était fixée en sens contraire ; l'on argumentait de ce que l'époux donataire devait avoir autant que l'enfant le moins prenant. En effet, je suppose qu'une femme remariée dont la fortune se monte à 60,000 livres ait deux enfants : elle réduit le puiné à sa légitime, c'est-à-dire 15,000 livres en droit commun ; elle lègue à son second mari 20,000 livres : si ce dernier ne profitait pas de la réduction, l'enfant le moins prenant obtiendrait 17,500 livres, 2,500 de plus que son beau-père qui doit avoir autant que lui.

Le second chef de l'édit différait assez sensiblement de la loi *Fœminæ quæ...* suivie en pays de droit écrit. D'après les constitutions romaines, le conjoint remarié était réduit à l'usufruit des biens qu'il tenait de son premier époux et de ceux qu'il héritait de ses enfants du premier lit, la nue propriété étant réservée à ces mêmes enfants qui n'avaient pas, du reste, besoin de se porter héritiers du prémourant de leurs parents : tous devaient partager également entre eux ce que la loi leur réservait. C'est une novelle de Justinien qui enleva au premier conjoint donataire le droit d'élection entre ses enfants. Les Parlements n'avaient pas à cet égard une jurisprudence bien ferme. On cite un

arrêt de Bordeaux de 1588 qui suit la nouvelle, un autre de 1620 qui revient aux constitutions antérieures.

L'édit de 1560 ne statuait que sur les biens donnés par le premier conjoint, et non sur ceux que le survivant remarié recueillait de ses enfants du premier lit ; ce point était hors de conteste, mais comment interpréter l'ordonnance ? A quels biens devait-on l'appliquer, quelle était la condition juridique des biens qu'elle régissait ? Sur cette double question, l'accord ne put s'établir entre les Parlements. Il était incontestable que l'édit atteignait les donations entre-vifs faites par contrat de mariage ou durant l'union conjugale, les dons mutuels, les gains nuptiaux conventionnels, et même les avantages tirés de l'inégalité des apports à la communauté ; mais d'après le Parlement de Bordeaux, les gains nuptiaux (parmi lesquels il comprenait la portion du conjoint remarié dans la communauté coutumière), même légaux, devaient être réservés aux enfants. Maichin rapporte un arrêt solennel de 1591 qui a jugé ainsi dans la coutume de St-Jean-d'Angely (Maichin, *Sur la cout. de St-Jean-d'Angely*, titre IX, ch. II). Au reste, la société d'acquêts pratiquée à Bordeaux revenait toujours aux enfants issus du mariage pendant lequel les acquêts avaient été gagnés, quand le survivant des époux n'en avait disposé entre-vifs ou par testament ; mais cette règle traditionnelle était tout autre que le second chef de l'édit. En pays

coutumier, au contraire, la veuve pouvait disposer de son douaire, de son préciput légal, de la part de communauté qu'elle tenait non de son mari, mais du bien-fait de la loi.

On considérait au Parlement de Bordeaux que le conjoint remarié perdait, comme en droit écrit, la nue propriété des biens réservés aux enfants du premier lit. Les Parlements de Paris, de Bretagne, de Normandie, etc., envisageaient les enfants du premier lit comme tacitement substitués à leurs père ou mère donataire. Ceux issus des subséquents mariages n'y prenaient aucune part; les substitués recueillaient les biens réservés sans avoir besoin de se porter héritiers de l'un ou de l'autre de leurs parents, sans qu'aucune aliénation leur fût opposable, eut-elle été antérieure au convol, car la condition de la substitution avait effet rétroactif; les immeubles étaient propres de la succession du donateur.

L'art. 279 de la coutume réformée de Paris qui défend à la veuve de disposer au préjudice des enfants du premier lit des conquêts faits avec son précédent mari, n'assimile point les susdits conquêts aux biens acquis du premier époux; en effet, les enfants du premier lit ne sont pas seuls appelés au partage des conquêts, ceux issus du second mariage concourent avec eux; les aliénations consenties par la mère ne sont pas entièrement nulles, mais seulement quant à la part hé-

rédaire des enfans du premier lit; elles ne peuvent être critiquées que si elles sont faites pendant le second mariage; peu importe, du reste, que les enfans du premier lit renoncent à la succession de leur mère, pourvu qu'ils ne soient pas exhérédés, parce qu'alors ils sont indignes de succéder.

CHAPITRE VI

DROIT INTERMÉDIAIRE

Les législateurs de l'an II substituèrent la liberté absolue à la prohibition presque absolue qu'avaient édictée les coutumes, envisageant sans doute cette restriction comme contraire au droit naturel; on peut ajouter que la suppression des gains de survie eut été fort injuste, si les époux n'avaient pu rétablir de leur plein gré les avantages que leur accordaient les anciennes lois. Il est remarquable que la loi du 17 nivôse n'ait protégé que les descendants contre les donations faites entre conjoints; l'affection toute particulière qui unissait le donateur et le donataire semblait être un titre presque aussi fort que la qualité de parent à la succession. Au surplus, voici les dispositions mêmes de la loi du 17 nivôse an II.

Tous les avantages déjà stipulés entre époux encore vivants, conformément aux lois et coutumes antérieures, sont maintenus; mais s'il y a des enfants de leur union ou d'un précédent mariage, *ces avantages,*

au cas qu'ils consistent en simple jouissance, ne pourront s'élever au delà de la moitié du revenu des biens délaissés par l'époux décédé; et s'ils consistent en des dispositions de propriété, ils seront restreints à l'usufruit des choses qui en seront l'objet, sans pouvoir dépasser la moitié du revenu de la totalité des biens (art. 13).

Si l'un des époux était mort depuis le 14 juillet 1789, les mêmes règles devaient être suivies (art. 14). La loi avait donc un certain effet rétroactif, puisque la quotité disponible doit être fixée au jour du décès du disposant; cependant il passa inaperçu, ce n'était qu'une légère *inelegantia juris* à côté de la disposition radicale de l'art. 1^{er}. Il faut remarquer que la loi ne donnait effet qu'aux donations légalement autorisées au jour de leur confection.

Statuant pour l'avenir, la loi décida que désormais les époux auraient toute liberté de s'avantager d'une manière quelconque, sauf néanmoins la réduction à l'usufruit de la moitié des biens, si le donateur laissait des enfants (art. 14). Il est à peine besoin de faire remarquer que tous les biens sont transmissibles à titre gratuit sans distinction de propres et d'acquêts. La donation faite au conjoint en usufruit n'empêchait pas l'époux donateur de disposer soit du dixième, soit du sixième de ses biens en propriété. Ainsi le décidait la loi du 18 pluviôse an V (art. 6).

L'art. 61 de la loi de nivôse an II abrogeait toutes les lois, coutumes, usages et statuts relatifs à la trans-

mission des biens par succession ou donation. Le premier chef de l'édit des secondes noces disparaissait par là même, mais la question était au moins douteuse pour le second chef. Le but de l'édit avait-il été de protéger les enfants du premier lit ou de punir le conjoint remarié. Dans le premier cas, les enfants n'eussent pu l'invoquer; au second, il eut été maintenu.

La Cour de cassation prit ce dernier parti dans un arrêt de la Chambre des requêtes du 2 mai 1808, rejetant un pourvoi formé contre un arrêt de la Cour de Nîmes. Je pense que, pour les donations antérieures à l'an II, dont le bénéficiaire s'est remarié postérieurement, le second chef de l'édit doit s'appliquer, parce que la condition a un effet rétroactif. Les enfants du premier lit ne sont-ils pas appelés conditionnellement à recueillir seuls les biens donnés à l'un de leurs parents par l'autre? Quant aux libéralités recueillies après le 17 nivôse an II, elles sont libres de toute substitution. L'ancienne jurisprudence, qui devait faire autorité en la matière, ne considérait pas la réserve imposée au conjoint remarié comme une peine. Serres, Rousilhe, Pothier étaient d'accord sur ce point. Ce dernier auteur fonde la substitution sur la volonté présumée du donateur de ne pas faire profiter des étrangers de la disposition. D'ailleurs le second chef de l'édit n'était-il pas en contradiction avec l'art. 62 de la loi de nivôse, qui défère les biens sans se préoccuper de leur origine?

Le décret de la Convention n'avait eu qu'un but : rendre aux époux une liberté qu'on jugeait alors conforme au droit naturel. Il n'avait entendu ni exiger des formes nouvelles, ni abroger des dispositions favorables des coutumes ; aussi bien il a été jugé que le don mutuel, même passé par acte sous seing privé, était encore licite (Cass., 1841), et je pense que le sénatus-consulte recevait encore application.

CODE CIVIL.

Le législateur de 1804, écartant à la fois le système de la loi de nivôse, qui ne tenait pas compte de la situation réciproque des époux; et celui des coutumes dont la rigueur exagérée faisait violence aux sentiments les plus naturels (Ferrières, cout. de Paris, art. 282, n° 5; Basnage, cout. de Normandie, art. 410), adopta un principe assez analogue à celui que consacrait le sénatus-consulte de Septime-Sévère, pour qu'il pût être confondu avec lui. Il autorisa les personnes mariées à se gratifier soit par testament, soit par acte entre-vifs, de tels avantages qu'ils jugeraient à propos, pourvu que ces libéralités fussent toujours révocables au gré du donateur; ainsi se trouvaient éloignés toute tentative de captation, tout abus de la puissance maritale. Pour des motifs que j'exposerai plus loin, les rédacteurs du Code ont fixé d'une façon spéciale la portion disponible du patrimoine entre conjoints au cas où le donateur laisserait à sa mort des héritiers

résevataires. Mais, tandis que la révocabilité des donations entre-vifs est une règle toute particulière aux avantages réalisés pendant le mariage, ni le mode, ni l'époque de la disposition ne changent la quotité disponible : aussi bien m'attacherai-je surtout à déterminer la nature des donations postérieures à la célébration du mariage, qui est comme le siège de la matière que je me propose d'étudier.

CHAPITRE PREMIER

DONATIONS ENTRE ÉPOUX

SECTION PREMIÈRE

PRINCIPE DE LA RÉVOCABILITÉ

Toutes donations faites entre époux pendant le mariage, quoique qualifiées entre-vifs, seront toujours révocables. La révocation pourra être faite par la femme sans y être autorisée par le mari, ni par justice (article 1096).

Cette disposition était nécessaire, puisque la faculté qu'elle laissait à l'époux donateur contredisait la règle « *donner et retenir ne vaut* », admise dans la nouvelle législation comme dans l'ancienne ; il était au contraire inutile de consacrer un article aux legs dont la révocabilité forme le caractère essentiel. En accordant au conjoint ce droit exorbitant, le législateur a voulu que le donateur fût seul juge de l'ingratitude du donataire et de la pureté, de la sincérité de son intention bien-

veillante. C'est donc à lui seul qu'en appartient l'exercice, ses héritiers et ses créanciers y sont inhabiles. L'art. 1166 enlève aux ayants cause de l'insolvable la faculté de mettre en œuvre les actions exclusivement attachées à la personne de leur auteur. Mais l'action paulienne ne saurait être refusée aux créanciers non plus que celles résultant des art. 446 et 564 du Code de commerce.

La révocabilité des donations entre époux, tout le monde s'accorde sur ce point, est d'ordre public. Toutefois, comme il y a plutôt incapacité qu'indisponibilité des biens, la règle ne reçoit application qu'entre époux français et non entre époux étrangers : en effet, « le droit des gens mariés », ainsi disaient nos anciens auteurs, repose avant tout sur les mœurs et les conceptions sociales du peuple qu'il régit : il ne paraît point raisonnable d'y soumettre les autres nations. La Cour de cassation a méconnu ce principe en déclarant, dans un arrêt du 4 mars 1857, que l'art. 1096 était un statut réel. Les premiers juges n'avaient pas commis cette grave erreur, quoique leur arrêt eut été mal rendu à un autre point de vue. Il s'agissait d'une donation faite par le sieur Fraix, sujet sarde, à sa femme, par acte notarié reçu le 6 août 1844. Les héritiers Fraix en poursuivirent la nullité, invoquant la loi nationale du défunt qui défendait les donations entre époux ; mais ils furent déboutés par jugement du 19 juillet 1855 et par arrêt du 6 février 1856. Le Code sarde n'a pas été

violé, disaient les magistrats de la Cour de Paris, car la libéralité attaquée n'est qu'une disposition à cause de mort, permise par la loi sarde; peu doit importer la forme dont l'ont revêtue les parties puisque l'axiome *locus regit actum* est universellement reconnu. Sans doute, il est faux que la donation entre époux soit réputée faite *mortis causa*, mais du moins le jugement et l'arrêt constataient que l'art. 1096 était un statut personnel.

La révocabilité atteint les avantages indirects et les dons manuels comme les donations proprement dites (Cass., 1835). Il n'est pas douteux aujourd'hui que l'héritier renonçant ne fasse une libéralité à celui qui profite de sa renonciation; mais la renonciation pure et simple devient irrévocable, une fois que l'héritier subséquent a pris parti; il n'en suit pas qu'un tel acte soit nul entre époux parce qu'il ne se prête pas à une révocation. Il est valable et produit ses effets juridiques ordinaires: l'époux avantagé de cette manière gardera le titre qu'il tient de sa vocation successorale, mais sera comptable éventuellement à son conjoint du bénéfice qu'il lui a procuré. De même, les contrats à titre onéreux passés entre époux, sont incommutables, bien qu'ils contiennent des avantages indirects; le donateur repentant se fera rendre raison du profit dont il ne lui plait plus de gratifier son conjoint. Mais il ne faut pas considérer une remise de dette comme une libéralité indirecte, c'est une donation véritable, quoique non

assujettie aux formes; le donateur, après avoir révoqué le don, reprendra l'exercice de son ancienne action. L'on doit remarquer que, la prescription ne courant pas entre époux, le silence du créancier est insuffisant à créer la donation.

SECTION II

CONSÉQUENCES DE LA RÉVOCABILITÉ

Le Code civil, dans les art. 943, 944, 945, 946, pose des solutions déduites de l'irrévocabilité des donations entre-vifs ordinaires, il était donc logique de les écarter dans des libéralités essentiellement révocables ; les conjoints peuvent donc s'adresser des donations de biens à venir, ou cumulatives de biens présents et à venir; le donateur peut imposer au donataire le paiement de toutes ses dettes futures, se réserver la disposition d'un objet contenu dans la donation, insérer dans l'acte une condition potestative. Mais il faut prendre garde que pour le législateur, une libéralité qui ne respecte pas les dispositions des art. 944, 946, ne saurait valoir comme donation de biens présents; elle serait donc caduque par le prédécès du donataire, comme d'autre part s'il survivait au donateur, il pourrait la répudier. En effet, l'art. 1081 exige que les donations de biens présents faites par contrat de mariage

soient soumises aux règles générales prescrites pour ces sortes d'avantages : le législateur comprend donc sous la dénomination de donations de biens à venir, non seulement les institutions contractuelles, mais les libéralités qui ne répondent pas à la définition de l'art. 894. Je ne veux pas dire qu'une donation cesse d'être entrevue parce qu'elle est faite sous condition potestative suspensive, ou avec réserve de disposer d'un objet compris dans la libéralité, mais elle ne saisit pas actuellement le bénéficiaire. Et c'est pourquoi la donation cumulative ne saurait être scindée comme Lebrun le prétendait, le donataire étant saisi sans condition de survie des biens présents, autorisé à se porter héritier des biens à venir. L'option n'est permise qu'au décès du donateur, jusque là le droit du bénéficiaire ne diffère pas de celui d'un donataire de biens à venir. J'examinerai dans la cinquième section la nature et les effets de ces diverses libéralités ; auparavant, je dois parler des sanctions du principe que pose la loi dans l'article 1096, et qui forme la matière des art. 1097, 1099 alinéa 2 ; 1100, 1395 et 1595, alinéa 1.

SECTION III

SANCTIONS DU PRINCIPE DE LA RÉVOCABILITÉ

Les rédacteurs du Code civil ont attaché une si grande importance à la révocabilité des donations entre

époux, qu'ils ont rendu vains tous les moyens par lesquels le donateur aurait été tenté d'enchaîner son libre arbitre. Art. 1097 : « *Les époux ne pourront, pendant le mariage, se faire, ni par acte entre-vifs, ni par testament, aucune donation mutuelle et réciproque par un seul et même acte* ». Les testaments conjonctifs étant prohibés par l'art. 968, parce que la mutualité eût restreint la liberté du testateur, il était nécessaire et logique d'étendre cette disposition aux dons révocables. La loi veut donc, suivant l'expression de Troplong, que la séparation des actes soit un signe extérieur de l'indépendance des disposants. Et la solution doit être maintenue, même s'il s'agit d'un avantage indirect, résultant d'un acte passé avec un tiers. En conséquence, la Cour de Rennes a annulé la disposition par laquelle deux époux avaient stipulé qu'une rente viagère, constituée avec des valeurs communes, appartiendrait au survivant d'entre eux (15 fév. 1840 ; Sirey, 1840, 2, 226).

Comme cette nullité de pure forme sanctionne une règle de fond, on ne saurait approuver un arrêt de Toulouse, qui, appliquant l'axiome *locus regit actum*, a validé une donation mutuelle entre Français, valable d'après la loi espagnole (1850 ; Sirey, 1850, 2, 529).

L'art. 1099, alinéa 2, est ainsi conçu : « *Toute donation, ou déguisée, ou faite à personne interposée, est nulle* ».

Je ne mets pas en doute, que dans ce cas, la nullité ne serve de sanction à la révocabilité, et non pas seu-

lement à la réserve de certains héritiers. Lorsqu'il y a excès dans une libéralité, l'action en retranchement paraît la seule convenable ; et l'on ne voit point la raison qui porterait la loi à gratifier pour ainsi dire, d'une forte prime, l'héritier assez habile pour découvrir la fraude de son auteur, dans ce cas particulier, quand dans tous les autres, sa peine ne paraît à la loi mériter aucun salaire. C'est à mon avis, un mince argument contre ce système que la place de la disposition et qui ne peut être sérieusement mis en avant. Le premier alinéa de l'art. 1099 déclare les avantages indirects réductibles pour excès ; les dons déguisés doivent être nuls pour la même cause. Pourquoi la même cause produirait-elle des effets différents ? C'est ce dont on n'a jamais rendu compte. Aussi bien, quelques personnes ont été amenées à décider que les libéralités déguisées étaient nulles dans la limite où elles violaient le droit des légitimaires, et la Cour de cassation belge juge en ce sens. Le raisonnement est logique, s'il n'est pas conforme au texte.

On reproche à la doctrine que je défends sa rigueur ; l'art. 1100 présume personnes interposées, sans que la preuve contraire soit recevable (arg., art. 1352), les enfants du donataire et tous ceux dont il est héritier présomptif ; la jurisprudence étend la présomption à tous les descendants même naturels (Amiens, 22 déc. 1838 ; Sirey, 1839, 2, 254. Caen, 6 janv. 1845 ; Sirey, 1845, 2, 393) ; un beau-père ne pourrait plus alors

témoigner sa bienveillance à son beau-fils ; un arrêt du 7 février 1849 a refusé d'admettre ce résultat (Sirey, 1849, 1, 165). Cette considération de fait doit d'autant moins toucher l'interprète que les beaux-parents ont toujours la faculté de faire des legs aux enfants de leurs conjoints. Les héritiers ne sont pas fondés à invoquer une nullité qui n'est pas écrite pour ce mode de disposer.

Quand on rapproche la prohibition de la vente entre époux de la nullité des donations déguisées, on se confirme dans cette idée que l'art. 1099, alinéa 2, entend garantir le principe de la révocabilité. C'est parce que trop souvent, sous couleur de vente, les époux se fussent consenti des donations irrévocables, que le législateur a interdit ce contrat dangereux entre conjoints ; pour les mêmes raisons, l'art. 1395 défend de changer les conventions matrimoniales après le mariage. L'esprit de la loi est bien clair ; le donateur, pour révoquer une libéralité déguisée ou faite à une personne interposée, eût dû s'adresser à la justice pour établir contre l'apparence que l'acte contenait une donation au profit de son conjoint, partant révocable : c'eût été tout au moins gêner son libre arbitre ; or le vœu de la loi n'est-il pas que rien ne puisse mettre obstacle à la manifestation du repentir de l'époux ? Ce motif a dicté aux rédacteurs du Code et l'art. 1097 et l'art. 1099. De ce que l'art. 1099, alinéa 2, contient la sanction du 1096°, je tire cette double conséquence que la nullité ne s'ap-

plique pas aux legs faits à personnes interposées; qu'elle peut être invoquée par tous les intéressés et non pas seulement par les héritiers réservataires, car elle est d'ordre public.

C'est un point assez délicat que celui de distinguer les donations indirectes des dons déguisés; et cependant il est de la plus haute importance, puisque j'ai admis la validité des premières et la nullité des seconds. Toute stipulation en faveur du conjoint contenue dans un contrat à titre onéreux entre l'époux donateur et un tiers, valide d'après l'art. 1121, constitue certainement un avantage indirect licite. Fournir un capital mobilier à un tiers en le destinant au service d'une rente viagère au profit de son conjoint (Arg., art. 1973), payer ses dettes, renoncer, dans le but de le gratifier, à une succession échue, à un legs, à une prescription acquise, ce sont autant de moyens de donner indirectement. Dans toutes ces hypothèses, la libéralité ne se cache pas sous une apparence trompeuse; le donateur n'éprouvera aucune difficulté à la révoquer. Faut-il traiter de même les avantages indirects contenus dans un contrat à titre onéreux passé entre les époux? Cela paraît sans doute, si l'intention de gratifier a été clairement manifestée; mais au contraire, si rien ne révèle l'existence de la libéralité, la dissimulation vicie la donation et la nullité en doit être prononcée.

Plusieurs jurisconsultes admettent cette doctrine au

cas où l'objet réel de la convention est une libéralité déguisée sous l'apparence d'un acte à titre onéreux, mais la repoussent quand le contrat conserve un caractère sérieux malgré la donation partielle qu'il recèle. Je prends un exemple : le mari, une séparation de biens étant intervenue, pour couvrir la femme de ses reprises liquidées par hypothèse à 20,000 francs, lui cède en paiement un immeuble valant 25,000 francs sans faire mention de son intention libérale. Ils ne voient dans cet avantage qu'un don réductible ; j'estime qu'il y a, dans l'espèce, une donation déguisée ; car pour la révoquer, le donateur devrait au préalable prouver contre l'acte qu'il a agi frauduleusement : ainsi, contrairement au vœu de la loi, sa liberté serait gênée.

Au reste, l'action en nullité ne s'exerce que contre le bénéfice net du donataire, je veux dire contre la différence entre la valeur de sa créance et celle de son obligation dans le contrat bilatéral : c'est la conséquence logique du caractère licite qu'ont entre époux les conventions à titre onéreux.

Le Code civil n'a pas, en effet, reproduit l'incapacité générale de contracter dont les époux étaient frappés l'un vis-à-vis de l'autre, sous les anciennes coutumes, afin de maintenir énergiquement la prohibition des donations ; il se contente de punir la fraude. Il prohibe cependant la vente (art. 1595) et interdit de changer les conventions matrimoniales après la célébration du

mariage (art. 1395), comme je l'ai indiqué plus haut ; c'est parce que l'expérience avait démontré au législateur que la vente entre mari et femme n'était presque jamais sérieuse, qu'il a érigé en présomption le fait ordinaire : on peut dire que les modifications au contrat de mariage confèrent toujours un avantage indirect à l'un des conjoints. Toutefois, je pense, malgré le 1395^e article, que l'époux créancier d'une récompense pourrait en faire remise à son conjoint, sans porter atteinte aux conventions matrimoniales ; en effet, cet abandon de créance constitue une donation de somme d'argent : sous le régime de communauté, il ne porte que sur la part du donateur dans la récompense.

Je me suis appuyé sur la nullité du contrat de vente entre époux, en dehors des trois cas prévus par les derniers alinéas de l'art. 1595, pour soutenir que l'article 1099, alinéa 2, servait de sanction à l'art. 1096 ; mais à en croire Toullier, qui ne voit dans les dons déguisés que des avantages sujets à réduction, cet argument ne serait pas probant. Voici le système de cet auteur (Code civil, t. XII, n° 41). Dans l'ancien droit la prohibition générale des contrats était liée à la prohibition des donations, car toute convention entre époux était suspecte de renfermer une libéralité : les gens mariés ont dû recouvrer la faculté naturelle de contracter en recouvrant celle de s'avantager ; mais les contrats ne sont valables comme tels qu'autant qu'ils sont sérieux, ont une cause légitime : les donations qu'ils

renferment sont soumises à l'art. 1096. Mais il n'y a aucun motif pour les déclarer nulles dans le droit actuel puisque la prohibition établie pour les coutumes n'existe plus. Que si le contrat apparent n'est pas sérieux, dissimule une libéralité, il sera traité tout entier comme une pure donation. Què signifient alors les art. 1395, 1595 ? Le législateur présume, non sans juste raison, que les conventions visées par les susdits articles n'ont pas en principe d'objet sérieux, elles ne valent que comme donations révocables. Ainsi la vente entre époux, quand le vendeur n'est pas débiteur de l'acheteur, perd sa nature juridique mais reste valable ; de même, on considère que les modifications apportées dans le régime matrimonial postérieurement au mariage ne sont que des avantages indirects. Toullier se fonde sur ce que les art. 1395, 1595 ne prononcent pas la nullité, mais ne résulte-t-elle pas de la prohibition ? La transformation d'un contrat à titre onéreux en donation révocable par la seule force de la loi, est en soi-même une singularité assez forte pour qu'on prenne le soin d'en avertir. Aussi la jurisprudence et les auteurs actuels admettent sans difficulté que les actes passés contre la prohibition des art. 1395, 1595 sont nuls. J'avais donc raison de les invoquer pour fortifier mon interprétation de l'art. 1099, alinéa 2, et décider que la nullité pouvait être demandée par tous les intéressés dans un cas comme dans l'autre.

On a prétendu, et des arrêts conformes ont été ren-

du (Cass., 2 mai 1855; Sirey, 1856, I, 178), que le donateur, et par suite ses ayants cause, n'étaient pas recevables à prouver la fraude à laquelle ils avaient participé. Mais pourquoi certains héritiers seraient-ils privilégiés? Que ceux qui n'accordent l'action en nullité qu'autant qu'il y a un excès dans la libéralité décident ainsi, rien de plus juste; mais si, comme je crois l'avoir établi, l'art. 1099, alinéa 2, assure le principe de la révocabilité des donations entre époux, le donateur doit pouvoir exercer une action qui lui garantit une faculté essentielle.

En terminant cette section, il est à peine utile de remarquer que les donations dites rémunératoires sont révocables comme les autres, mais que les présents d'usage ne le sont pas.

SECTION IV

FORMES DES DONATIONS ENTRE ÉPOUX

Lorsque des conjoints entendent se gratifier par acte entre-vifs, ils doivent se conformer aux prescriptions des art. 931, 932, 948. Le contrat sera donc passé devant deux notaires ou un notaire et deux témoins; d'après la loi du 21 juin 1843, la présence du notaire en second ou des deux témoins est requise au moment de

la lecture des actes portant donation et de la signature des parties. Le donataire devra accepter expressément l'offre qui lui est faite ; enfin, quand la donation portera sur des biens présents, elle ne vaudra pour les effets mobiliers qu'autant qu'il en sera dressé état estimatif. Ces solutions s'imposent, quel que soit le parti que l'on adopte sur la nature des donations entre époux. En effet, le Code civil ne reconnaît que deux formes de disposer à titre gratuit, la donation et le testament. On peut soutenir qu'allant plus loin que l'ordonnance de 1731, il n'a pas seulement visé la forme mais aussi le fond du droit, doctrine universellement admise aujourd'hui, mais du moins la suppression de la donation à cause de mort, en tant que mode distinct de disposition est incontestée. Il est intéressant de remarquer, que dans les pays de droit écrit, la donation entre conjoints, tous les auteurs l'attestent, ne revêtait pas la forme des codicilles, bien qu'elle fût assimilée à une donation *mortis causa*. Il est donc inconcevable que la Cour de Rennes ait annulé par arrêt du 15 thermidor an XIII, une donation entre mari et femme qui n'était pas revêtue des formes du testament, sous prétexte qu'une telle libéralité devait être, vu sa révocabilité, réputée faite à cause de mort (Sirey, 6, 14, 177). Mais, je le répète, la nature juridique de l'acte est indifférente à la forme qu'il doit revêtir.

Il ne faut pas hésiter dans l'application de l'art. 948 dont nul texte n'exempte les conjoints, et qui n'a pas

seulement pour but de maintenir l'irrévocabilité de la donation ; l'inventaire du mobilier sert aussi de base au calcul de la réserve. La transcription de la donation entre époux est-elle obligatoire quand la libéralité porte sur des immeubles présents ? Beaucoup d'auteurs estiment que la solution de cette question dépend du parti que l'on prend sur les effets de l'acte juridique. La transcription n'est requise que pour les mutations entre-vifs, démontrez donc auparavant que l'aliénation dont il s'agit n'opère pas à cause de mort. En effet, tandis que l'absence d'inventaire vicie l'acte et le prive d'existence *erga omnes*, la transcription n'est envisagée que comme une mesure de précaution en faveur des créanciers et des tiers acquéreurs.

Il est du reste évident qu'on ne se montre pas plus exigeant sur la forme pour les donations faites entre conjoints que pour les autres. Les dons manuels, les remises de dettes et tous les avantages indirects sont dispensés de l'observation des art. 931, 932. Quelques personnes ont douté que les dons manuels fussent valables entre époux parce que la révocation en paraissait difficile, mais la jurisprudence a fort bien répondu qu'ils étaient permis par cela seul qu'aucun texte ne les prohibait (Cass., 23 janv. 1859. Orléans, 21 juil. 1865 ; Sirey, 1860, 1, 255. Carmouche, dans la *Revue du notariat*, 1866, p. 216.

SECTION V

NATURE ET EFFETS DE LA DONATION ENTRE ÉPOUX

S'il n'est pas douteux que les époux qui veulent se gratifier autrement que par testament doivent se soumettre aux formes édictées par le législateur pour les donations entre-vifs, rien n'est moins certain qu'au fond ces libéralités soient ce que sont les autres donations entre-vifs : leur révocabilité paraît altérer si profondément la notion que nous présente l'art. 894 que l'on peut hésiter sur leur nature. Pour ne pas embarrasser la discussion, j'examinerai séparément les donations de biens présents et celles de biens à venir en comprenant sous cette qualification non seulement les institutions contractuelles, mais aussi, conformément à l'art. 1086, les donations qui dérogent aux art. 944, 945, 946.

Je prends d'abord la libéralité conforme à l'art. 943 qui, faite entre étrangers, serait ferme ; que vaut-elle entre conjoints ? Pour les premiers interprètes du Code civil, l'art. 1096 en revenait au droit romain. Les donations entre-vifs, autorisées par la loi du 17 nivôse an II, étaient prohibées ; sans doute la loi nouvelle n'imposait pas aux époux la forme du testament, mais

ne faisait-elle pas clairement comprendre sa volonté de ne tenir aucun compte de la qualification attribuée à l'acte par les parties? Toute espèce de libéralité, quel que soit le détour employé par les conjoints, devait être traitée comme disposition à cause de mort. Le Code, comme l'ordonnance de 1731, offrait aux gens mariés des facilités qu'il refusait aux autres personnes, puisqu'il les dispensait des formes du testament. Le législateur, qui regardait comme essentielle l'irrévocabilité des donations entre-vifs, aurait détruit son œuvre en autorisant, bien plus en imposant la révocabilité des donations entre époux. Une donation révocable ne peut emporter dessaisissement immédiat du donateur, qui reste maître de faire rentrer le bien dans son patrimoine; le lien, signe caractéristique des contrats ordinaires, fait ici défaut.

« Et, en effet, cette liberté entière de révocation conserve nécessairement au donateur le droit de disposer de la chose. Il suit de là qu'il peut la vendre à un tiers, la donner à un autre, l'hypothéquer à ses créanciers, et par là révoquer la donation en tout ou en partie. Or, s'il peut faire de tels actes, il est clair qu'il n'y a pas dessaisissement au profit du donataire. On objecte que le donateur peut révoquer la libéralité, et que tout acte qui manifeste sa volonté, emporte révocation; mais que tant que cet acte n'est pas intervenu, le donataire reste propriétaire. Le donataire n'est pas saisi, parce que donner et retenir sont inconciliables;

là où le domaine du donateur continue de s'exercer dans toute sa plénitude, celui du donataire n'est pas encore né (Plaid. de Mandaroux Vertamy dans aff. Paillet-Dubarret, Cass., 10 avril 1838).

Les conséquences de ce système sont faciles à apercevoir ; la capacité des parties doit s'apprécier au jour du décès du donateur ; cependant, on avait proposé de ne pas tenir compte de l'incapacité survenue après l'acte, dans la personne du donateur. La donation est caduque par le prédécès du donataire ; le mineur âgé de seize ans accomplis peut disposer au profit de son conjoint dans la limite permise par l'art. 904 ; le prodigue n'a pas besoin de l'assistance de son conseil judiciaire ; enfin, des biens dotaux peuvent être compris dans une telle libéralité. Sur ce dernier résultat, les arrêts sont nombreux. Grenier cite plusieurs décisions rendues dans les coutumes d'Auvergne et de Normandie qui établissaient l'inaliénabilité du fonds dotal. Il est évident que dans cette doctrine, la donation d'immeubles n'est pas sujette à la transcription. Je rappelle que la nature de disposition à cause de mort a été reconnue par la Cour de Paris à la donation entre époux dans une espèce où les parties ne pouvaient, d'après leur loi nationale, se faire des libéralités entre-vifs (6 février 1856). La Cour de cassation a déclaré, à plusieurs reprises, que les donations entre conjoints ne devaient être enregistrées qu'après le décès du donateur.

Bien que le donataire ne soit pas saisi actuellement par son acceptation, on ne saurait nier même dans la doctrine que j'expose, que la donation, une fois parfaite, n'ait un certain effet rétroactif. Aussi bien le bénéficiaire doit être capable au jour du contrat, il gagne les fruits et les aliénations qu'il consent *medio tempore* sont confirmées ; mais la rétroactivité *quoad dominium* n'est pas aussi absolue que *quoad fructus*. La saisie de l'objet donné par les créanciers du donateur est recevable jusqu'à ce que le donataire soit définitivement propriétaire. On peut dire, en effet, que le donataire commence à acquérir, au moment de la donation, un droit qui se fixe à l'instant de la mort de son conjoint.

Ce système paraît aujourd'hui complètement abandonné. La donation *mortis causa*, qu'avait maintenue l'ordonnance de 1731, a été supprimée par le Code civil. Le nouveau législateur ne dit pas seulement que les donations à cause de mort devront être revêtues de la forme testamentaire ; il déclare ne reconnaître que deux modes de disposer à titre gratuit : la donation entre-vifs et le testament. Donc, toute libéralité qui n'est pas un testament est une donation, puisque le moyen terme est aboli.

Et cependant la jurisprudence et le plus grand nombre d'auteurs ont fait de la donation de biens présents entre époux un acte *sui generis*, participant à la fois du legs et de la donation entre-vifs. A dire le vrai, ces ju-

risconsultes méconnaissent l'art. 893, mais il manque, d'après eux, à l'acte visé par l'art. 1096, un caractère essentiel, constitutif de la donation entre-vifs : l'irrévocabilité. L'incertitude de cette doctrine expose les époux à bien des ennuis et Duranton, avouant l'obscurité du système, leur conseille d'user du testament. Les auteurs, en effet, sont loin de s'entendre ; deux points, toutefois, sont reconnus pour constants : la capacité de donner et de recevoir entre-vifs doit exister dans les personnes du donateur et du donataire au moment de la passation de l'acte ; le titre du donataire est opposable aux créanciers chirographaires du donateur (Cass., 10 avril 1838 ; Sirey, 1838, I, 289) : il en résulte que l'époux mineur ne peut disposer par acte entre-vifs au profit de son conjoint (Cass., 12 avril 1843 ; Sirey, 1843, I, 273), que la transcription est nécessaire (Colmet de Santerre, tome IV, 276 *bis*) ; il s'est trouvé pourtant des auteurs pour soutenir que la susdite formalité était inutile. Grenier soutient que la transcription n'est obligatoire que pour les aliénations irrévocables. Grenier (*Traité des don.*, n° 456), Duranton (VIII, 509) et Troplong (*Traité des donations*, IV, 2652) sont du même avis.

Voici plusieurs points fort controversés dans cette doctrine : le donataire doit-il être encore capable au moment du décès du donateur ? doit-il, tout au moins, être vivant ? La plupart des auteurs : Delvincourt, Grenier, Duranton, Marcadé, Troplong admettent que la

donation entre époux est caduque par le prédécès du donataire : c'est là, pour eux, son point de contact avec les legs. L'art. 1092 leur fournit un argument : les donations faites par contrat de mariage ne sont pas caduques, si elles portent sur des biens présents, parce qu'elles sont irrévocables, mais, quand le donateur s'est réservé la faculté de disposer de l'objet de la donation, la disposition devient caduque par le prédécès du donataire. Or, dans l'art. 1096, la loi réserve au donateur la révocation de la libéralité. Troplong, sans abandonner son système, en a repoussé plus tard cette conséquence : la jurisprudence l'a aussi rejetée (Cass., 18 juin 1845; Sirey, 1845, I, 638).

Duranton pensait que la donation de biens présents entre époux devait être réduite, le cas échéant, à la même date que les legs : d'autres ont cru qu'elle devait être atteinte par la réduction après les legs, mais avant toutes les libéralités irrévocables. M. Colmet de Santerre donne pour raison que le donateur, par la seconde libéralité, a renoncé au droit de confirmer la première, en tant que cette confirmation pourrait nuire au nouveau donataire. Troplong estime qu'elle doit être réduite comme toute autre donation entre-vifs. Cette dernière opinion paraît singulière chez un jurisconsulte qui ne regarde pas comme une vraie donation celle qui est faite entre époux; on comprend, du reste, que l'on traite mieux que les légataires un donataire qui, par son acceptation, s'est déjà saisi de

son droit. Les auteurs qui soutiennent ce second système admettent que le bien donné ne sort définitivement du patrimoine du donateur qu'au moment où la donation devient irrévocable. Ils en concluent que la femme peut donner à son mari ses biens dotaux ; que la constitution d'hypothèque ne révoque pas la donation (Arg., art. 1020. Limoges, 1^{er} février 1840). Ce dernier résultat n'est possible qu'autant que le donateur conserve un certain droit sur l'objet donné, car, comment comprendre que celui qui n'est plus propriétaire puisse hypothéquer ?

Dans cette doctrine, qui, contrairement à l'art. 893, rétablit un troisième mode de disposer à titre gratuit, on a peine à qualifier les droits respectifs du donateur et du donataire sur l'objet donné, parce que l'on s'obstine à mettre à part les donations entre époux.

Il est beaucoup plus sûr, au point de vue théorique, et plus avantageux en pratique, de s'en tenir résolument à la lettre de l'art. 893, et d'envisager les libéralités entre conjoints comme de véritables donations entre-vifs faites sous condition résolutoire. Tous les effets qu'on leur attribuera découleront logiquement de la nature juridique de l'acte, et ne paraîtront point admis *ex æquo et bono* par l'interprète. Le donataire sera donc saisi par son acceptation d'un droit réel actuel sur la chose, opposable à tous, tant que le donateur n'aura pas manifesté une volonté contraire, et pourvu que les formalités prescrites aient été remplies.

Le donateur étant aussi complètement dépouillé que si la libéralité eût été adressée à un tiers, toute constitution de droit réel sur la chose présupposera la révocation de la donation nécessairement. Si, en droit romain, l'hypothèque conférée par l'époux à un tiers sur l'objet donné ne révoquait pas la libéralité, c'est que le donateur restait propriétaire jusqu'à son décès et qu'ainsi le donataire devait subir les droits légitimement établis sur le bien. Les immeubles dotaux ne pourront être compris dans une donation entre époux parce qu'ils ne sont disponibles que par acte de dernière volonté : les meubles dotaux, d'après la jurisprudence étant inaliénables, seront traités comme les immeubles. Les parties devront être capables au moment de la passation de l'acte ; les incapacités qui pourraient survenir dans la suite, seront sans influence sur la donation. Je rappelle que si l'acceptation et l'offre ne sont pas concomitantes, les époux doivent être capables au moment de l'acceptation, et à celui de la notification d'icelle.

L'époux donateur disposant entre-vifs ne pourra faire le contrat s'il est mineur et son conseil judiciaire devra l'assister s'il en a été pourvu ; il va de soi que la libéralité ne sera pas caduque par le prédécès du donataire. Plusieurs auteurs admettent cette dernière solution sans nier le point de contact entre les legs et les donations entre époux. Mais dans la doctrine que je combats, je pense qu'il est difficile de ne pas associer les

deux idées de révocabilité et de caducité. Dès l'instant que l'on admet que les donations entre conjoints participent de la nature des legs, leur caducité paraît s'imposer ; décider ainsi n'est pas créer un nouveau cas de révocation, c'est tirer la conséquence d'un principe. En effet, pour les jurisconsultes de cette école, toute donation qui ne cadre pas avec la définition de l'art. 894, est forcément de biens à venir, caduque par conséquent. On a très justement comparé la donation autorisée par l'art. 1096 à celle dont parle l'art. 1086.

Pour ceux au contraire qui reconnaissent que l'irrévocabilité n'est pas un élément essentiel de la donation entre-vifs, l'art. 1092 n'entend faire aucune opposition entre les libéralités faites par contrat de mariage et celles qui le sont pendant le mariage, il a pour but d'écarter une règle bizarre de l'ancien droit qui considérait toute donation entre époux comme un gain de survie.

Les donations de biens présents entre époux sont réduites après les legs et toutes les donations postérieures, car ces libéralités ne les révoquent pas de plein droit. Peu importe que l'avantage soit révocable, il subsiste tant qu'il n'a pas été retiré, et l'on ne saurait prétendre que le donateur manifeste suffisamment son intention de révoquer en faisant suivre la donation dont il a gratifié son conjoint d'une autre donation (Cass., 18 juin 1845 ; Toulouse, 21 mai 1829 ; Sirey, 1829, 2, 268 ; 1843, 1, 638). Bref, à tous les points de vue, les effets d'une telle libéralité doivent être ceux d'une

donation entre-vifs. Cette doctrine ne viole-t-elle pas le texte de l'art. 894? Si la révocabilité répugnait à la nature de la donation entre-vifs, il faudrait dire que les avantages entre conjoints constituent un mode spécial de disposer à titre gratuit. Mais cette irrévocabilité des donations entre-vifs dérive d'une règle arbitraire dont l'origine est bien connue et non d'un principe naturel. Une disposition change-t-elle de nature, parce qu'elle perd une de ses qualités? L'élément essentiel de la donation est nécessaire, c'est l'actualité du dessaisissement du donateur; il y a libéralité entre-vifs quand une voie de droit existe au profit du donataire contre le donateur, indépendamment de toute idée de survie. Le droit romain reconnaissait la validité des donations révocables : *Pater emancipato filio bona sua universa exceptis duobus servis non mortis causa donavit et stipulatus est filio in hæc verba : quæ tibi mancipia quæque prædia donationis causa tradidi cessi per te non fieri dolove malo neque per eum ad quem res pertinebit quominus ex mancipia eaque prædia cum ego volam vel cum morieris... mihi aut cui ego volam reddantur restituantur* (Scævola, D., XXXII, C., 37, § 5).

S'il est vrai que l'irrévocabilité ne soit pas de l'essence de la donation entre-vifs, l'art. 894 contient deux propositions d'inégale valeur dont l'une s'impose à tout législateur, dont l'autre a un but simplement pratique; or l'art. 1096 relève les particuliers de l'observation de la seconde règle et non de la première, et

par là le législateur indique lui-même qu'il ne faut pas associer les idées d'irrévocabilité et de dépouillement immédiat. En restituant aux donations entre époux leur véritable caractère, la doctrine que je soutiens, loin de violer l'art. 894, le respecte dans sa partie essentielle, ne l'écarte que dans la mesure où l'art. 1096 commande lui-même de l'abandonner.

Sans doute, m'objectera-t-on, l'art. 947 vous autorise à répudier toutes les conséquences tirées par le législateur de la célèbre maxime « Donner et retenir ne vaut » ; mais prenez garde qu'en maintenant aux donations entre époux, qui sont des contrats, la qualité absolue d'acte entre-vifs, vous violez l'art. 1174 qui dispose que *toute obligation est nulle si elle a été contractée sous une condition potestative de la part de celui qui s'oblige*. Je réponds que, malgré les termes généraux de cet article, il faut distinguer entre la condition suspensive et la condition résolutoire ; car, si une obligation qu'il dépend de la seule volonté du débiteur de faire naître n'a pas d'existence juridique, il y a une « obligation régulièrement existante sous cette condition résolutoire *si displicuerit* ». L'obligation existe dès le principe, et la volonté n'est réservée que pour la résoudre » (Larombière, *Obligations*, art. 1174, n° 17). Il est bien vrai que la condition a un effet rétroactif en droit français, mais la rétroactivité est une fiction. En fait, un lien s'est formé, a subsisté jusqu'au moment où le débiteur a manifesté, par un certain

acte, son intention de se dégager. Si ce raisonnement est exact, on n'aperçoit pas le motif pour lequel la révocabilité de la libéralité entre époux altérerait sa nature de donation entre-vifs. Par le concours des volontés des contractants, une obligation s'est créée, valable en soi-même, quoique résoluble, suffisante à parfaire une donation entre conjoints, puisque l'obstacle qu'y pourrait opposer l'art. 944 est levé par l'art. 1096.

Pour être conséquent avec lui-même, le législateur n'aurait pas dû rendre caduque, par le prédécès du donataire, la donation faite sous condition potestative simple. Cette prescription pouvait être utile pour les libéralités de ce genre insérées dans des contrats de mariage en ménageant au donateur un certain droit de révocation; on n'a pas songé qu'elle était inutile en présence de l'art. 1096.

La caducité des donations de biens à venir entre époux, jointe à leur révocabilité, permet-elle au juriconsulte de les considérer encore comme des donations entre-vifs? La question ne se pose pas même pour les auteurs qui regardent toute libéralité entre conjoints comme un acte *sui generis* tenant du legs et de la donation. Je noterai seulement que Troplong se contente de ce que le donataire de biens présents soit capable au moment de son acceptation, tandis que le caractère testamentaire domine trop dans la donation de biens à venir pour qu'on puisse ne pas exiger la ca-

pacité du donataire à l'instant où s'opère l'acquisition par la mort du donateur (Troplong, t. IV, n° 2650).

S'il est bien entendu que les donations dont je m'occupe sont caduques à cause de leur objet, qui est un droit successoral, et révocables par application de l'art. 1096, on ne se méprendra point sur leur nature. La réunion des deux conditions constitutives de la donation à cause de mort est fortuite, n'a pas été recherchée par les parties; on n'en saurait raisonnablement tirer aucune conséquence. En effet, l'époux n'est pas vraiment donataire des biens que son conjoint laissera à son décès. Le donateur lui a conféré le droit de se porter son héritier pour tout ou partie de sa succession, et le donataire, par son acceptation, s'est saisi de ce droit successoral dont il recueillera le bénéfice s'il survit. Si l'objet immédiat de la donation est la faculté pour le bénéficiaire de venir à l'hérédité du disposant, et si les biens délaissés par le défunt ne sont à considérer que comme l'émolument incertain que procure le titre d'héritier contractuel, il n'est pas douteux que le donateur ne soit dépouillé actuellement, bien que révocablement, du droit de disposer de sa succession dans la limite où il a gratifié son conjoint. Peu importe qu'il soit donataire à titre universel ou particulier, de biens présents et à venir cumulativement. Que le droit porte sur une quotité ou un objet singulier, il ne change pas de nature, c'est toujours le pouvoir de se porter successeur de la personne dé-

cédée. Aussi bien, ne peut-il être assimilé à celui du légataire qui, n'ayant pu accepter valablement avant la mort du testateur, n'a jusqu'à cette époque qu'une seule espérance.

Quant à ce qui touche la donation cumulative, j'ai déjà établi qu'elle ne se distinguait pas de la simple institution contractuelle avant le décès du donateur. A l'ouverture de la succession, le donataire a la faculté de répudier l'hérédité pour s'en tenir aux biens présents, pourvu qu'il y ait état des dettes au temps de la donation. Ainsi le conjoint peut se considérer comme donataire pur et simple des biens à venir de l'autre époux, ou donataire conditionnel des biens présents. Il ne scinde pas son titre primitif suivant ses convenances, comme on l'a trop souvent répété; il opte entre deux droits distincts, et comme les éléments de validité d'un acte s'apprécient au jour où il est conclu, et non à celui de l'arrivée de la condition, les parties devront accomplir toutes les formalités prescrites pour les donations de biens présents, notamment dresser inventaire du mobilier, transcrire les mutations immobilières, afin que le donataire puisse opposer son titre aux créanciers et tiers acquéreurs postérieurs en date s'il renonce à la succession du donateur.

Je reviens à la simple donation de biens à venir. On sait les formes ordinaires des libéralités entre-vifs, mais il est impossible d'exiger soit la transcription, soit

l'inventaire des effets, suivant les circonstances ; il n'y a point en effet transfert actuel de biens meubles ou immeubles, mais constitution d'un droit réel *sui generis* dont la loi ne soumet la conservation à aucune formalité spéciale. La donation ayant lieu entre-vifs, l'époux donateur doit être majeur, et dûment autorisé, s'il a reçu un conseil judiciaire ; mais il résulte de la nature du droit du bénéficiaire que les biens dotaux sont disponibles par voie d'institution contractuelle, parce qu'ils ne sortent du patrimoine de la donatrice qu'à l'époque de sa mort. La femme pourrait les léguer certainement, il ne faut pas lui refuser le pouvoir de les donner pour après elle puisque, dans les deux cas, la dot ne risque d'être détournée de sa destination.

A la mort du *de cujus*, l'époux donataire usera, s'il lui plaît, de son droit de se porter héritier de son conjoint, car nul n'est dans notre droit tenu d'accepter une succession ; en renonçant il ne résout pas son titre, il l'exerce. S'il est héritier à titre universel il répond des dettes, sans y être obligé au delà de l'actif constaté par fidèle inventaire, car l'obligation de satisfaire aux poursuites des créanciers *ultra vires hereditatis*, n'est imposée qu'aux héritiers légitimes. L'ancienne jurisprudence soumettait l'institué contractuel aux mêmes charges que le parent qui tenait sa vocation des liens du sang, par dérogation aux principes coutumiers ; mais on pense aujourd'hui que le Code civil, en recevant la doctrine des coutumiers, en a rejeté l'exception par eux admise :

la loi évite avec soin toute expression qui pourrait faire croire à l'assimilation entre les héritiers et les donataires de biens à venir. C'est en vertu de cette règle que les dettes sont une charge de tout le patrimoine, que les successeurs universels, quelle que soit leur dénomination, payent les dettes de leur auteur; leurs biens personnels ne sont donc pas grevés et l'acceptation bénéficiaire n'est pas faite pour eux; sans doute, ils doivent faire inventaire des biens héréditaires, mais parce que cette formalité est le procédé normal adopté par la loi pour fixer la responsabilité de ceux qui sont tenus pour autrui (arg. des art. 1414, 1510). Les donataires d'un bien de la succession ou d'une somme d'argent à y prendre ne sont pas tenus personnellement des dettes, mais il va de soi que les créanciers du défunt leur sont préférés.

Les uns et les autres, sans être légalement saisis n'ont pas comme les légataires, à demander délivrance ou envoi en possession, car la donation leur confère une saisine contractuelle. Il suffit, d'ailleurs, que les donataires soient vivants et non indignes de succéder pour recueillir l'émolument de la donation, car c'est un droit successoral qu'ils exercent; la capacité spéciale de recevoir à titre gratuit ne saurait être requise à un moment où la libéralité est déjà parfaite. Avant 1854, l'individu mort civilement ne pouvait recueillir une donation de biens à venir, puisqu'il était privé du droit de succéder (art. 25).

J'ai réservé la question la plus délicate, celle de la réductibilité. Plusieurs jurisconsultes (Troplong, t. IV, n° 2661; Aubry et Rau, t. VIII, § 744) prétendent qu'à ce point de vue de la réduction, la libéralité prend rang du jour où son objet entre définitivement dans le patrimoine du donataire; or, ce résultat n'est acquis qu'au décès de l'époux donateur, elle sera donc réduite après les legs, mais avant toutes les donations entre-vifs. La préférence accordée aux donataires de biens à venir à l'encontre des légataires s'explique par l'antériorité du droit des premiers.

Sans doute, les donations de biens présents prennent rang à leur date, et les donations faites sous condition potestative simple ou pure au jour où la condition se réalise (on sait en effet que le Code civil les déclare caduques par le prédécès du donateur avant l'arrivée de la condition qui ne rétroagit pas); mais s'il en est ainsi, c'est que le droit du donataire devient opposable aux tiers, qui ne peuvent invoquer une révocation tacite, aux époques que j'ai déterminées plus haut. On ne saurait soutenir que l'époux s'enlève le droit de confirmer la donation qu'il a faite de l'immeuble A, à son conjoint, en donnant à un tiers l'immeuble B. S'agit-il, au contraire, d'une donation de biens à venir, comme la propriété n'est transmise que par le décès du donateur, le donataire ne saurait être préféré à ceux qui le précèdent.

Je pense qu'il n'est pas juridique de s'attacher à l'époque du transfert de la propriété qui est indifférente à

l'héritier réservataire, mais à la date de l'acte qui l'a dépouillé. Qu'on le remarque bien, l'héritier est lésé par la vocation successorale que son auteur a conféré à son conjoint et qu'il attaquera par la pétition d'hérédité ; la précarité du droit du donataire est sans intérêt pour le réservataire puisque, la réduction s'opère à un moment où la libéralité ne peut plus être révoquée. On objectera peut-être que le droit éventuel de l'époux, sur la succession du donateur, est un *nomen juris*, inappréciable et incessible, qu'il ne porte atteinte à la réserve qu'autant qu'il est réalisé par l'acceptation du donataire. Mais si la mort du *de cujus* est le seul événement qui fasse apparaître la valeur de la succession, si jusque-là les éléments d'estimation font défaut, le droit héréditaire conféré par le donateur comprend exactement les objets dont le donataire sera saisi, et son incessibilité dérive d'une règle d'utilité pratique, la prohibition des pactes sur succession future. L'incertitude de l'émolument ne doit pas faire oublier que le titre est simplement conditionnel ; or c'est le titre qu'attaque l'héritier réservataire, il n'a donc à se préoccuper que du temps où il lui a été cédé.

Rien de plus simple si la donation est faite pour une chose déterminée, parce que la libéralité dont le conjoint a été gratifié ne tombe point par l'effet de la suivante. Mais si l'on suppose une donation universelle, une grave difficulté va naître de ce que tout avantage postérieur à l'institution contractuelle la révoque *parte*

in qua : l'ordre des dates n'a donc plus toute son importance ; des donataires postérieurs, des légataires même seront préférés au conjoint. Je suppose celui-ci donataire universel : je dis que toute libéralité nouvelle diminue de la valeur de son objet le montant des droits du conjoint, et que si la réduction est nécessaire, elle atteindra d'abord la première donation ; car dans l'intention bien certaine du disposant, la chose qu'il a retirée à son époux pour en gratifier le donataire subséquent doit s'imputer sur la quotité disponible. La réserve que, par hypothèse, je fixe aux trois quarts du patrimoine est donc détenue tout entière par le conjoint ; de la donation il ne conservera donc que la différence du quart de la succession à la valeur du bien donné au tiers : pour le surplus, la libéralité est révoquée et non réduite ; aussi le légataire serait-il mieux traité que l'institué contractuel. Mais je suppose que la donation de biens à venir comprenne seulement la moitié du patrimoine, puis donation entre-vifs ordinaire est faite à une autre personne : l'époux donataire n'aurait jamais eu part qu'à la moitié indivise de l'objet donné ; il n'est donc privé par le second acte que de la moitié de la valeur du dit objet. Pour une portion du bien il n'y a que changement de destinataire, mais pour une autre, il y a vraiment avantage nouveau, et comme la quotité disponible est déjà épuisée, il sera imputable sur la réserve, partant sans effet ; par où l'on voit qu'il faut toujours suivre l'ordre des libéra-

lités quand il s'agit de la réduction. La scission de la libéralité, très contestée quand sont en présence un donataire de biens présents et l'époux gratifié entre-vifs à titre universel, s'impose quand le débat est ouvert entre un légataire et le donataire de biens à venir.

Il n'est pas douteux qu'il ne faille traiter comme donations entre-vifs et non comme dispositions à cause de mort les avantages indirects entre époux, alors même qu'ils constitueraient des gains de survie. En effet, le donataire se saisit de l'offre du donateur en l'acceptant et la libéralité ne se parfait qu'au moment où concourent les deux volontés. Ainsi la clause de réversibilité de rentes viagères stipulées comme prix d'un immeuble propre à l'un des conjoints, l'assurance contractée par l'un des époux sur sa tête et au profit de l'autre constituent des donations entre-vifs, quoique le bénéficiaire doive survivre. Le contrat d'assurance sur la vie est aujourd'hui devenu si usuel que je ne puis passer sous silence les difficultés qu'il soulève, quand l'indemnité est reportée par l'assuré sur la tête d'un tiers.

Le plus souvent, c'est le mari qui s'assurera en faveur de sa femme ; quelquefois l'assurance sera contractée par les deux époux au profit du survivant. Au premier cas, pas de doute que la femme ne soit donataire du mari ; mais dans le second cas on a prétendu que la réciprocité de la convention effaçait son caractère d'acte à titre gratuit. Mais il faut répondre que le don

mutuel n'en est pas moins une donation dans la pensée des parties; aussi je crois que l'art. 1097 ne permet pas que les deux assurances soient contenues dans la même police. La jurisprudence décide en sens contraire (Cass., 28 mars 1877; Sirey, 1877, 1, 401) sous prétexte que les libéralités indirectes ne sont pas soumises aux prescriptions de pure forme, mais l'art. 1097 sert de sanction à une règle de fond écrite dans l'article 1096.

J'aborde une difficulté plus sérieuse. A quel titre l'époux bénéficiaire recueillera-t-il l'indemnité payée par la compagnie? Deux doctrines sont en présence; d'après plusieurs auteurs et la jurisprudence la plus récente (Cass., 12 février 1877; Sirey, 1877, 1, 393), l'époux est cessionnaire, ayant cause du stipulant. En effet, l'assuré a conclu un premier contrat avec la compagnie d'assurances dans lequel il s'est fait promettre une certaine somme, puis il a offert à son conjoint la créance qu'il venait d'acquérir, et la donation se forme au moment de l'acceptation du bénéficiaire; l'opération est valable d'après l'art. 1121. Si cette analyse est exacte, c'est la créance contre l'assureur qui est donnée au conjoint par l'assuré, car il l'a fait sortir de son patrimoine où elle est demeurée, ne serait-ce qu'un instant de raison. Il en résulte que l'indemnité sera comprise dans la masse sur laquelle on calcule la quotité disponible du patrimoine du donateur, soumise à réduction s'il y échet (Montpellier, 15 déc. 1873; Si-

rey, 1874, 2, 81); que s'il y a communauté, et que la femme l'accepte, le survivant recueillera la moitié de la somme promise comme donataire de l'assuré, et l'autre moitié comme commun en biens, la créance contre l'assureur ayant formé un conquêt. Je note une dernière conséquence de ce système, l'offre du donateur ne pourra plus être acceptée après son décès.

Une autre théorie, soutenue surtout par M. Labbé, envisage la convention d'une toute autre manière. L'art. 1121 ne saurait valider le contrat d'assurance sur la vie, car la stipulation pour autrui n'est valable qu'autant qu'elle forme la condition d'un contrat sérieux qu'on passe pour soi-même. En stipulant avec l'assureur, l'assuré a parlé au nom de son conjoint et s'est porté son gérant d'affaires, puis l'intéressé s'est approprié le bénéfice du contrat en le ratifiant; la ratification pouvant intervenir à un moment quelconque, même après le décès du gérant. En touchant l'indemnité, le conjoint bénéficiaire exerce un droit né en sa personne, qui n'a jamais reposé dans le patrimoine de l'assuré. La créance contre la compagnie n'entre pas dans la communauté, mais appartient en propre pour le tout à l'époux; l'action en réduction des héritiers réservataires de l'assuré s'exerce contre les primes qui sont sorties du patrimoine de leur auteur. Qu'on ne dise pas que le bénéficiaire commun en biens se crée ainsi un propre gratuitement au mépris de l'art. 1395; j'ai répondu par avance à cette objection : le conjoint

créancier d'une récompense de son époux peut lui en faire remise, sans modifier à proprement parler, le régime matrimonial. On ne peut nier que cette doctrine n'altère profondément la notion reçue universellement sur la nature de la gestion d'affaires, le gérant n'entreprend pas ordinairement une affaire nouvelle ; il surveille, achève ce que n'a pu terminer le maître. Cette extension du quasi-contrat de gestion d'affaires, admise *utilitatis causa*, n'a rien de choquant dans une matière toute de pratique, elle répond très bien à l'intention des assurés, au but qu'ils se proposent ; la doctrine reste libre d'adopter tel ou tel système, tant que le législateur n'a pas prononcé sur une institution juridique.

SECTION VI

RÉVOCATION DES DONATIONS ENTRE ÉPOUX

Le droit conféré au conjoint donateur par l'art. 1096 est absolu et rigoureusement personnel. On ne pouvait lui demander raison de son repentir, sans supprimer pour ainsi dire la faculté qu'on lui accordait, et les motifs mêmes sur lesquels se fonde la révocabilité ne permettent point d'en confier l'exercice à un autre qu'à l'époux. Il le conserve donc jusqu'à sa mort, malgré les incapacités qui pourraient survenir ; ainsi, serait-il

nterdit, que son tuteur ne saurait le suppléer ; aurait-il un conseil judiciaire, que l'assistance de ce dernier deviendrait inutile. La mort du donataire, ou la dissolution du mariage, n'apporteraient aucune restriction à son droit.

Mais le décès du donateur rend la donation irrévocable : de son vivant, ses créanciers ne peuvent user de l'art. 1166 contre le donataire, puisque le droit de révocation est attaché à la personne de leur débiteur.

Le Code civil ne dit rien de la manière dont s'opère la révocation, il nous avertit seulement que la femme donatrice n'a pas besoin d'être autorisée pour exercer son droit. Il n'est pas nécessaire que la donation soit expressément révoquée par un acte : en disposant de tout ou partie de l'objet donné au profit d'un tiers, l'époux annonce son repentir d'une façon suffisamment claire ; toute aliénation de la chose emporte implicitement retour de cette chose au patrimoine du donateur, puisque l'on ne peut disposer du bien d'autrui. La qualité de propriétaire est nécessaire chez celui qui constitue un droit réel quelconque ; aussi bien je n'hésite pas à croire que la libéralité se trouve anéantie par une hypothèque consentie à un créancier du donateur : le testateur ne révoque pas un legs en en hypothéquant l'objet, parce qu'il reste propriétaire jusqu'à l'instant de son décès. Sans doute ceux qui reconnaissent au donataire un droit analogue à celui du légataire et qui n'est pas la vraie propriété, lui appli-

quent l'art. 1020, mais s'il est admis que le donateur s'est dépouillé actuellement, tout acte par lui accompli sur l'objet donné le suppose redevenu propriétaire, quel que soit le mode de disposition employé.

Comme aucune forme spéciale n'avait été exigée pour la révocation expresse, et que le vœu de la loi était de laisser aux parties la plus grande liberté, beaucoup de jurisconsultes estimaient qu'un acte sous seing privé suffisait. D'autres pensaient que par analogie, l'on devait appliquer l'art. 1035, c'est-à-dire qu'un acte notarié ou un testament pouvaient seuls contenir une révocation de donation entre époux. La loi du 21 mai 1843 a consacré cette dernière opinion, car elle range l'acte notarié contenant révocation expresse de donation parmi ceux qui exigent la présence réelle du notaire en second ou des témoins. Comment ne pas remarquer en effet que les actes dont il est fait mention dans l'art. 2 de la loi précitée sont de ceux pour lesquels la forme authentique est obligatoire ?

La révocation est l'événement qui réalise la condition sous laquelle le contrat devait se résoudre : elle produit donc effet rétroactif, et la résolution du droit du donataire entraîne celle des aliénations et constitutions de droits réels qu'il aurait consenties; néanmoins l'on s'accorde à laisser à celui dont le titre est résolu les fruits qu'il a perçus, et l'on maintient, dans un but d'utilité pratique, les baux qu'il a passés sans fraude pour une durée de neuf ans.

Les sous-acquéreurs sont tenus de la revendication, à moins qu'ils ne puissent invoquer la prescription acquisitive ou de l'art. 2279. Le conjoint donataire est en outre tenu d'une action personnelle fondée sur ce que son enrichissement n'a plus de cause, et qui se prescrit par trente ans, depuis la dissolution du mariage. En l'exerçant, le donateur obtiendra tout ce dont le fait du donataire qui a rendu impossible la revendication le prive, et non pas seulement le profit qui reste aux mains de son adversaire : la perte de la chose par force majeure ou cas fortuit libère seule le donataire.

Le repentir de l'époux donateur n'est pas la seule cause de révocation que consacre la loi. Le divorce entraîne *ipso jure* contre le conjoint, par la faute duquel il est advenu, la perte des avantages que lui a faits l'autre époux.

Une jurisprudence constante depuis 1845, applique cet art. 299 à la séparation de corps. Celle-ci doit produire tous les effets du divorce, qui ne sont pas incompatibles avec le maintien du mariage ; or, cette déchéance résulte d'une peine encourue par l'ingratitude du donataire, et d'ailleurs si l'époux coupable perd le préciput, *a fortiori* doit-il perdre les libéralités proprement dites. Cependant plusieurs auteurs soutiennent qu'il est illégal d'étendre une déchéance d'un cas à un autre. L'art. 386 prononce contre l'époux dont la conduite a entraîné le divorce, une peine qu'il n'a jamais été question d'appliquer, s'il n'y a que sépara-

tion de corps; n'est-il pas arbitraire de faire un choix entre les déchéances encourues par le divorce? A cet argument on peut répondre que l'art. 299 se trouve dans le titre VI même, qu'il a toujours été entendu que la trop courte section consacrée à la séparation de corps avait son complément nécessaire dans la précédente, tandis que l'art. 386 est au titre IX et ne gouverne que le cas prévu *in terminis*; enfin comment expliquer l'art. 1548 autrement que par cette idée qu'il a paru utile au législateur de revenir sur la révocation d'un avantage qui n'est pas une vraie donation?

Le droit commun autorise la révocation des donations entre-vifs pour inexécution des charges, ingratitude du donataire et survenance d'enfants. L'art. 1096, en écartant la dernière cause de révocation prévue par l'art. 953, dans le but très louable de ne pas intéresser les époux à la stérilité de leur mariage, laisse assez entendre que les deux premières causes subsistent. Sans doute le donateur n'a pas besoin d'invoquer le droit commun contre les manquements de son conjoint, puisque la loi le dispense de motiver son repentir; mais les héritiers, contre lesquels on rétablit le principe de l'irrévocabilité, doivent pouvoir se prévaloir des exceptions formulées par le Code. Je rappelle que la révocation pour cause d'ingratitude doit être exercée dans l'année du délit, et ne préjudicie pas aux tiers acquéreurs. Il en est autrement de la révocation pour inexécution des charges, l'action dure trente ans

depuis la dissolution du mariage (arg., art. 2253), et ses effets ne sont pas limités entre les parties.

On a vu, par la combinaison des art. 945 et 1086 que la donation faite sous condition de payer indistinctement toutes les dettes du donateur était considérée comme donation de biens à venir, en ce sens qu'elle devient caduque par le prédécès du donataire; mais elle ne confère pas au bénéficiaire une vocation à l'hérédité du donateur, et ne le soumet point à l'action des créanciers directement. Depuis le jour de son acceptation, il est saisi de l'objet de la libéralité, sans qu'il ait, à la mort de son auteur, à manifester sa volonté; en ne remplissant pas ses obligations vis-à-vis des créanciers héréditaires, il s'expose à se voir appliquer l'art. 953, soit par les héritiers, soit par les créanciers du défunt (arg., art. 1166).

CHAPITRE II

DE LA QUOTITÉ DISPONIBLE ENTRE ÉPOUX

Les libéralités, tant par acte entre-vifs que par testament, ne peuvent absorber le patrimoine qu'autant que le disposant ne laisse pour héritier ni ascendants légitimes, ni enfants même adoptifs ou naturels, ni autres descendants légitimes. Le titre d'époux ne pouvait raisonnablement protéger le donataire contre la demande des héritiers frustrés de leur réserve, et le législateur de l'an II l'avait en partie reconnu, malgré la faveur qu'il témoignait aux avantages entre conjoints. Le Code civil, cependant, ne crut pas devoir appliquer à ces libéralités le droit commun tel que l'expose l'art. 913; il régla d'une façon toute particulière le disponible en faveur du conjoint, quand l'époux donateur laissait soit des ascendants, soit une postérité légitime, mais il n'entendit pas modifier le pouvoir de disposer de l'époux qui avait pour successible soit un enfant naturel, soit un adopté; ce dernier ne

saurait invoquer un texte qui manifestement n'est pas écrit en sa faveur.

Je distinguerai avec la loi trois hypothèses : 1° le défunt laisse des ascendants ; 2° il laisse des enfants légitimes communs ; 3° il laisse des enfants d'un précédent mariage.

SECTION PREMIÈRE

LES HÉRITIERS RÉSERVATAIRES SONT DES ASCENDANTS

L'époux pourra, soit par contrat de mariage, soit pendant le mariage, pour le cas où il ne laisserait pas d'enfants ni descendants, disposer en faveur de l'autre époux en propriété de tout ce dont il pourrait disposer en faveur d'un étranger, et, en outre, de la totalité de l'usufruit de la portion dont la loi prohibe la disposition au préjudice des héritiers (art. 1094). Les « héritiers » dont parle l'article sont les ascendants, car les collatéraux, auxquels le projet accordait une réserve, en ont été définitivement privés. Ainsi chaque branche d'ascendants n'a droit qu'au quart du patrimoine en nue propriété (art. 1094 et 915 combinés). Il est à peine utile de faire remarquer combien il est ridicule de grever les biens d'un vieillard, d'un usufruit constitué sur la tête d'une personne plus jeune d'une génération. Les questions juridiques que soulève cette disposition sur l'at-

tribution du disponible en usufruit se représentent dans l'hypothèse examinée par le second alinéa de l'article ; j'en indiquerai la solution dans la section suivante.

SECTION II

LES HÉRITIERS SONT DES ENFANTS COMMUNS

Et pour le cas où l'époux donateur laisserait des enfants ou descendants, il pourra donner à l'autre époux ou le quart en propriété et un autre quart en usufruit, ou la moitié de tous ses biens en usufruit seulement (art. 1094, alin. 2). Ce texte fixe donc, d'une manière invariable, la quotité disponible entre conjoints, et il la fixe en propriété et en usufruit; il contient ainsi une double dérogation au droit commun. En effet, l'article 913 gradue la réserve d'après le nombre des enfants, et l'art. 917 donne au réservataire, quand la libéralité en viager dépasse les revenus du disponible, la faculté d'opter entre l'exécution du legs et l'abandon de la quotité disponible. Quels sont les motifs de cette double anomalie? D'une part, le législateur n'a pas voulu que le donataire fût intéressé au nombre d'enfants auquel le mariage donnerait jour, et, d'un autre côté, il a pensé qu'il était fort utile de limiter les dons d'usufruit dont on se montrerait trop prodigue, sous

prétexte que les héritiers rentreraient un jour dans la pleine propriété des biens légués par leur auteur.

La jurisprudence et la majorité des auteurs acceptent cette interprétation de l'art. 1094; mais un jurisconsulte éminent, M. Bénéch, estime qu'il faut tenir compte des modifications subies, au cours de la discussion, par l'art. 16 du projet du titre II du livre III, pour interpréter l'art. 1094, qui était le 151^e, et n'a pas été changé. Or, d'après l'art. 16, devenu le 913^e, la personne qui avait des enfants ne pouvait jamais disposer que du quart de son patrimoine en faveur d'un étranger, mais, d'après le 151^e, elle pouvait, en outre, donner à son conjoint le quart en usufruit; manifestement l'époux donataire avait une situation meilleure que les autres. Pour lui conserver cet avantage, il faut le faire profiter de l'augmentation de la quotité disponible ordinaire et dire qu'il pourra recueillir autant qu'un étranger en propriété, et, en plus, un quart en usufruit à prendre sur la réserve. Dans le système de la jurisprudence, il est tantôt mieux, tantôt plus mal traité que les étrangers : le défunt laisse-t-il trois ou plusieurs enfants, le disponible ordinaire est inférieur au disponible spécial de l'art. 1094; en laisse-t-il deux, en évaluant la valeur de l'usufruit à la moitié de celle de la propriété, c'est encore le disponible spécial qui est le plus élevé; mais, s'il n'y a qu'un descendant, c'est le disponible ordinaire qui est le plus fort. Le promoteur de la doctrine que je viens d'exposer juge

le texte même de l'art. 1094 favorable à son opinion, car il n'est pas conçu en termes prohibitifs.

Ces arguments n'ont pas convaincu les jurisconsultes qui se tiennent au texte et à l'esprit de la loi. Soutenir, affirmer que le législateur s'engageait à faire profiter le conjoint des avantages qu'il accordait aux autres donataires, ce n'est pas prouver qu'il l'ait fait, ne paraît-il pas aussi naturel de prétendre que le texte de l'art. 151 a été maintenu sciemment. Qu'importent les termes de sa rédaction : si l'époux peut gratifier son conjoint du quart en propriété et du quart en usufruit, il ne peut le gratifier que dans cette limite. Quant aux travaux préparatoires, j'ose dire que tous les systèmes y trouvent des points d'appui ; M. Bénéch nous montre Berlier demander au Conseil d'État que la part d'enfant disponible au profit du second conjoint ne puisse jamais atteindre le tiers ou la moitié des biens du disposant, preuve certaine que, dans sa pensée, l'époux avait le droit d'invoquer l'art. 913. Mais M. Demolombe nous dit que le Tribunat ayant réclamé que l'époux fût toujours plus favorisé que les étrangers, l'on ne tint pas compte de ses observations, preuve non moins évidente que l'on entendait fixer d'une façon invariable le disponible entre époux. La rédaction vicieuse de l'art. 1094, eu égard au texte du 913^e, vient de ce que l'art. 151 du projet n'a pas été mis en harmonie avec l'art. 16 modifié.

J'ai dit que l'art. 917 était inapplicable à l'art. 1094 ;

car le disponible se trouvant fixé en perpétuel et en viager (les donations ou legs de rentes viagères doivent être assimilés aux libéralités en usufruit), à quoi sert un article destiné à tourner la difficulté qu'offre la comparaison de droits n'ayant pas la même nature : les termes mêmes de l'art. 917 supposent le disponible fixé en pleine propriété. Quand le défunt laisse deux ou plusieurs enfants, l'usufruit disponible au profit de l'époux grève la réserve ; d'autre part, les ascendants ne peuvent enlever à leur gendre ou bru que la nue propriété de leur légitime. On a soutenu, en se basant sur les termes de l'article : *un quart en propriété et un quart en usufruit*, que l'époux donataire ne pouvait recevoir seulement l'excédent de la quotité la plus forte sur la plus faible quand celle-ci était donnée aux étrangers. Mais la jurisprudence a jugé avec raison que « le crédit supplémentaire » accordé à l'époux n'était pas l'accessoire du « crédit ordinaire » (Cass., 18 nov. 1840 ; Sirey, 1841, I, 90). Je pense que l'époux usufruitier de la réserve ne peut être dispensé de fournir caution, sans que la quotité disponible soit dépassée.

SECTION III

LES HÉRITIERS A RÉSERVE SONT DES ENFANTS ISSUS DE PRÉCÉDENTS MARIAGES

L'homme ou la femme qui, ayant des enfants d'un autre lit, contractera un second ou subséquent mariage, ne pourra donner à son nouvel époux qu'une part d'enfant légitime le moins prenant et sans que ces donations puissent excéder le quart des biens (art. 1098). Le Code civil se montre plus sévère que la constitution *Hac edictali* et l'édit des secondes noces. Le projet, encore plus rigoureux, fixait la quotité disponible au profit du second époux à l'usufruit d'une part d'enfant ; au cours de la discussion, on parla de permettre en sa faveur des dispositions en propriété ; Berlier voulut du moins qu'il ne pût jamais recueillir plus du quart ; la proposition amendée passa dans le texte définitif.

La protection des enfants, et non la haine des seconds mariages, a guidé le législateur : l'édit de 1560 avait, au contraire, un certain caractère pénal. Le principe c'est que le nouvel époux peut recevoir autant qu'un enfant légitime du disposant à titre universel ou particulier, et comme à son égard la quotité disponible est fixée en propriété et non en usufruit, l'art. 917 devien-

draît applicable le cas échéant. D'ailleurs le nouveau droit, conforme à l'ancienne jurisprudence, réputé libéralités réductibles à la part d'enfant tous les avantages qui résultent tant du régime de communauté légale que du contrat de mariage et qui ne sont pourtant pas des donations (art. 1496-1527). Quand l'un des enfants a reçu un préciput, les biens qui en forment l'objet ne sont pas comptés dans la masse pour établir la part d'enfant, et comme le second conjoint compte pour un descendant légitime, la part des enfants naturels doit être distraite du patrimoine pour qu'elle soit supportée proportionnellement par tous les parents légitimes. Il est sans difficulté que les petits-enfants du donateur peuvent invoquer l'art. 1098, la portion disponible en faveur de leur beau-père ou de leur belle-mère étant toujours une part d'enfant au premier degré, que le petit-fils invoque ou non la représentation. Si le réservataire lésé n'agit point, on calcule pour réduire le nouvel époux, ce qu'il aurait obtenu par l'action en retranchement.

Les descendants, pour agir en réduction, doivent se porter héritiers du donateur, car la réserve fait partie de la succession; dans le droit romain, comme dans l'ancienne jurisprudence, la simple qualité d'enfant était prise en considération. Les enfants du second lit profitent incontestablement du retranchement subi par le donataire, car les biens se partagent également entre tous les enfants du défunt : dès lors on doit les

admettre à intenter l'action dont ils obtiennent le bénéfice. D'ailleurs le second époux a lui-même part au résultat de l'action dirigée contre lui, sans quoi il aurait moins que la portion qu'il peut retenir. Ainsi le patrimoine du *de cujus* est estimé à 100,000 francs et il laisse quatre enfants : son second conjoint a reçu 25,000 francs. Chacun des héritiers se trouve réduit à 18,750 francs, mais ils ne peuvent réduire le donataire à cette somme : car ils obtiendraient 1,562 fr. 50 de plus que lui, chacun devra recueillir autant, soit 20,000 francs.

Je suppose maintenant que l'époux donateur ait contracté plusieurs mariages, chaque nouveau conjoint pourra-t-il recevoir une part d'enfant, à condition que toutes les libéralités réunies ne dépassent pas le quart des biens ? L'affirmative me paraît résulter des termes de l'art. 1098. Après avoir fixé à une part d'enfant le disponible en faveur du nouvel époux, il ajoute : *sans que ces donations puissent excéder le quart des biens* ; il prévoit donc plusieurs donations de part d'enfant faites successivement, puisque chacun des conjoints donataires n'a pu recueillir qu'une seule part d'enfant. Une jurisprudence contraire s'était établie à la suite de l'édit des secondes noces, mais le texte était différent. *Les veuves ne pourront donner à leurs nouveaux maris qu'une part d'enfant* ; donc, à eux tous, ils ne pouvaient recevoir que cette part.

Reste une question commune à l'art. 1094 et à l'ar-

ticle 1098. J'ai admis que les donations déguisées ou faites par personnes interposées étaient nulles pour violation de l'art. 1096 : comment faut-il traiter les legs adressés au conjoint du disposant sous le nom d'un tiers ? Evidemment, ils ne sont pas toujours nuls ; car on ne voit pas quelle règle de droit sanctionnerait cette nullité radicale, mais du moins le sont-ils quand ils dépassent la quotité disponible. La jurisprudence et la majorité des auteurs l'admettent, je pense au contraire que les legs excessifs ne sont jamais nuls, mais réductibles ; il n'y a aucune raison pour leur étendre la disposition de l'art. 1099, alinéa 2, qui ne parle que des donations ; les exceptions sont de droit étroit.

SECTION IV

CONCOURS DU DISPONIBLE ORDINAIRE DES ARTICLES 913, 915 ET DU DISPONIBLE SPÉCIAL ENTRE ÉPOUX

On a démontré par l'absurde qu'une personne ne pouvait à la fois gratifier son conjoint du disponible des art. 1094, 1098, et un étranger de celui des articles 913, 915. En effet, s'il laissait un ascendant dans chaque ligne, il aurait la faculté de donner à un étranger la moitié de ses biens en pleine propriété, et à son époux la moitié en propriété et la moitié en usufruit,

c'est-à-dire que les deux libéralités excéderaient la totalité de son patrimoine ; l'art. 1094 indique clairement que les avantages faits en propriété au mari ou à la femme s'imputent sur la quotité disponible ordinaire ; l'art. 1098, qui restreint dans l'intérêt des enfants du premier lit, le pouvoir de disposition du conjoint remarié, ne change pas le mode d'imputation des libéralités. D'ailleurs, comme le maximum de ce que l'époux peut recevoir en propriété ne dépasse jamais la quotité disponible ordinaire, aucune difficulté sérieuse ne s'élève quand le défunt n'a pas disposé en usufruit.

La portion libre du patrimoine peut être distribuée entre tous et si la réserve est atteinte, les donations sont réduites par ordre de date, les legs proportionnellement. Mais il y a des cas où la même quotité du patrimoine n'est pas disponible au profit du conjoint et des étrangers : l'application des règles ordinaires de la réduction nuirait aux intérêts du bénéficiaire étranger ; c'est donc le légataire ou donataire étranger qui doit recueillir tout ce qui dépasse le disponible des art. 1094, 1098, sans atteindre la réserve telle qu'elle est fixée par le 913^e article.

Ainsi l'époux du disposant qui ne laisse qu'un fils, a reçu par acte entre-vifs 20,000 francs, en outre, le défunt a fait à une autre personne un legs de 30,000 fr., son patrimoine est estimé à 60,000 francs ; en suivant la méthode ordinaire de réduction, le légataire n'obtiendrait que 10,000 francs ; dans l'espèce il devra

avoir 15,000 francs, car la donation faite au conjoint est imputable pour un quart sur la réserve, puisque le maximum pour lui s'élève à 15,000 francs; l'héritier pour parfaire sa légitime, recourra contre le donataire. Je suppose maintenant que les deux dispositions soient des legs : d'après la réduction proportionnelle, l'étranger obtiendrait 24,000 francs, le conjoint 16,000 fr., le chiffre même de la libéralité réduite montre le vice du mode ordinaire; un quart de la succession est indisponible pour l'époux, l'étranger l'obtiendra seul et pour ce qui lui reste encore dû, il concourra sur l'autre quart avec l'époux. Je terminerai par deux remarques : la première est que les légataires ou donataires peuvent bien agir sur ce qui reste dans la succession, mais n'ont pas l'action directe contre le conjoint donataire, quand ils entendent se prévaloir de la différence des quotités disponibles; la seconde est que le veuf remarié peut diminuer la valeur de la part d'enfant.

L'art. 1098 fixant le disponible en pleine propriété, vis-à-vis du second conjoint, l'art. 917 est naturellement applicable aux legs ou donations d'usufruit adressés à cet époux, quand ils dépassent la quotité non réservée; mais pour les autres hypothèses, l'article 1094 établit un maximum spécial en viager qui est de moitié. En cas de concours avec des tiers, il faudra estimer la valeur de cet usufruit, en tenant compte de l'âge et de l'état de santé du titulaire du droit; de plus, comme la quotité disponible entre époux peut monter

jusqu'au quart en propriété et au quart en usufruit, qu'ainsi la portion libre du patrimoine d'après l'article 913 est tantôt plus forte, tantôt plus faible, la comparaison ne s'établira jamais entre deux libéralités entières, mais entre le legs fait au conjoint et une fraction de celui fait à l'étranger, ou *vice versa*. Car si l'on procédait autrement, chaque ordre de bénéficiaires recevrait plus que la quotité disponible à son égard.

Par exemple, si le disposant laisse un seul enfant et qu'il y ait lieu à réduction des legs, les étrangers prélèveront un quart en nue propriété, car il n'y a qu'un quart en propriété et un quart en usufruit qui forment le disponible commun aux deux ordres de gratifiés ; au contraire, le défunt laissè-t-il trois ou plusieurs enfants, le conjoint prélèvera un quart en usufruit auquel il a seul droit de prétendre, puis la réduction s'opèrera entre les autres legs et le reliquat du sien. D'ailleurs toutes les fois que le conjoint jouira d'un disponible plus élevé que les tiers, les dispositions à lui faites en usufruit s'imputeront sur ce disponible de faveur.

Certains auteurs (Marcadé, par exemple), ont prétendu que la portion libre ordinaire devait être épuisée pour l'usufruit avant le crédit supplémentaire accordé au conjoint. La jurisprudence, allant plus loin, évalue en propriété les donations d'usufruit et refuse d'exécuter les libéralités postérieures si la quotité disponible des art. 913 et 915 se trouve atteinte ou dépassée par l'usufruit converti en propriété. Avant de critiquer ces

divers systèmes, je vais indiquer les résultats où ils conduisent. Le conjoint survivant a reçu par contrat de mariage l'usufruit de la moitié des biens du prédécédé : j'estime que le donataire a pu encore disposer, s'il a trois enfants, du quart de son patrimoine en nue propriété; car pour une partie, l'usufruit grève la réserve des héritiers, et pour une autre la quotité disponible. Je maintiendrais cette solution si le conjoint n'avait été gratifié que du quart en usufruit : le quart en pleine propriété reste libre puisque l'imputation s'est faite d'abord sur la réserve. D'après une jurisprudence constante, inaugurée en 1824 (Cass., 7 janv. 1824; Sirey, 1833, 1, 506), comme la moitié en usufruit vaut le quart en propriété, la première libéralité a épuisé toute la quotité disponible et les dispositions postérieures sont nulles ; ce n'est que s'il est impossible de faire autrement que l'on entame le disponible extraordinaire, par exemple, quand l'ordinaire est déjà épuisé, ou que les libéralités sont simultanées. On le voit, c'est tenir compte de l'ordre des dates. La doctrine de Marcadé qui impute les donations d'abord sur l'usufruit de la quotité disponible ordinaire, puis sur celui de la quotité spéciale est plus satisfaisante en fait que la jurisprudence, car elle laisse au disposant une plus grande liberté d'action ; mais en droit, elle est tout aussi vicieuse, car elle modifie la réserve des descendants et ascendants, qui sera des trois quarts, ou du quart ou de

moitié en nue propriété, si la donation d'usufruit au conjoint est la dernière ; et si elle a précédé les autres, les héritiers auront dans certains cas leur réserve en toute propriété (d'après la Cour de cassation, ils l'auraient toujours). On peut reprocher au système de la jurisprudence de convertir arbitrairement une disposition faite en usufruit en une donation de propriété, et d'estimer non moins arbitrairement la valeur de l'usufruit.

D'après une doctrine longtemps soutenue par MM. Aubry et Rau, admise par M. Colmet de Santerre, le conjoint ne serait pas seul à pouvoir jouir de l'usufruit qui grève la réserve. Mais la loi n'a-t-elle pas tenu compte, en établissant ce droit viager de l'âge du bénéficiaire et de l'intention du donateur qui, par sa disposition, a voulu maintenir la position de son conjoint. M. Colmet de Santerre le reconnaît implicitement en constituant l'usufruit sur la tête de l'époux, et non sur celle du tiers.

La conclusion à laquelle j'arrive est que toutes les difficultés peuvent être résolues au moyen de ces règles :

1° Le disposant ne peut cumuler les deux quotités disponibles, mais il peut épuiser la plus forte ;

2° Chaque ordre de bénéficiaires ne peut obtenir que la quotité disponible en sa faveur ;

3° Les dispositions en usufruit doivent s'imputer

toujours d'abord sur la quotité spéciale, subsidiairement sur l'ordinaire ;

4° Les legs ne doivent être réduits proportionnellement que sur la masse libre au profit de tous les gratifiés.

POSITIONS

DROIT ROMAIN

I. La prohibition des donations entre époux est postérieure à la loi Cincia.

II. L'époux qui laisse *donationis causa* son conjoint usucaper son bien, que le possesseur tient d'un tiers, a la *condictio ob injustam causam* contre le donataire.

III. Le sénatus-consulte de Septime-Sévère et de Caracalla régit les donations par voie de promesse.

IV. Depuis Justinien, les donations dûment insinuées, et confirmées par le prédécès de l'époux donateur valent comme dons entre-vifs.

V. La curatelle, dans le droit classique, était obligatoire pour les mineurs de vingt-cinq ans qui avaient été en tutelle.

VI. Sous Justinien, la dot mobilière de la femme est encore aliénable par le mari seul.

VII. L'*in integrum restitutio*, en cas de dol ou de violence, apparut plus tard que les actions *de dolo* et *metus*.

VIII. Le possesseur de bonne foi qui avait fait des impenses utiles sur le fonds d'autrui ne pouvait, après sa dépossession, répéter ni par l'action *negotiorum gestorum* ni par une *condictio sine causa*, la valeur dont le propriétaire était enrichi.

IX. Dans la vente consensuelle primitive, l'*actio empti* ne compétait pas à l'acheteur évincé, elle n'avait pour objet que la livraison de la chose vendue.

DROIT CIVIL

I. Les donations de biens présents entre époux ne sont pas caduques par le prédécès du donataire.

II. Toutes les donations entre conjoints sont réducibles à la date de l'acte.

III. L'usufruit qui grève la réserve ne peut être constitué que sur la tête et au profit de l'époux pour lequel seul il est disponible.

IV. Chacun des conjoints subséquents peut recevoir une part d'enfant légitime le moins prenant, pourvu que les libéralités n'excèdent pas le quart des biens du veuf ou de la veuve.

V. Les héritiers légitimes sont seuls tenus *ultra vires* des dettes de la succession.

VI. Sous le régime de communauté, le mari ne peut faire emploi des sommes léguées en propre à sa femme, s'il n'y est autorisé par le testateur ou le contrat de mariage.

VII. L'art. 2279 n'établit pas une prescription.

VIII. La créance stipulée au profit d'un tiers d'une compagnie d'assurances sur la vie ne fait pas partie du patrimoine de l'assuré; elle naît directement en la personne du bénéficiaire.

IX. L'hypothèque légale de la femme séparée, dont le mari administre les biens en vertu d'un mandat postérieur au mariage, prend rang au jour de la célébration dudit mariage.

X. La prescription de dix à vingt ans ne s'applique ni à l'acquisition ni à l'extinction des servitudes.

DROIT COMMERCIAL

Le créancier gagiste peut se prévaloir de la déchéance du terme en cas de faillite de son débiteur.

DROIT INTERNATIONAL PRIVÉ

I. La succession *ab intestat* doit être dévolue d'après la loi nationale du défunt.

II. La règle *locus regit actum* s'applique même aux formes solennelles.

III. Les tribunaux français peuvent toujours refuser l'*exequatur* aux jugements rendus par des tribunaux étrangers.

Vu par le Président de la thèse,
GÉRARDIN.

Vu par le doyen de la Faculté,
CH. BEUDANT.

Vu et permis d'imprimer,
Le vice-recteur de l'Académie de Paris,
GRÉARD.

TABLE DES MATIÈRES

Introduction.	5
-----------------------	---

DROIT ROMAIN

Chapitre I ^{er} . — De la prohibition des donations pendant le mariage	13
Section I ^{re} . — Personnes atteintes par la prohibition.	13
Section II. — Caractères de la donation prohibée.	19
Section III. — Sanction de la prohibition.	35
Section IV. — Des donations qui s'exécutent après le mariage	44
Chapitre II. — Sénatus-consulte de Sévère et de Caracalla.	48
Section I ^{re} . — Donations auxquelles s'applique le sénatus-consulte	49
Section II. — Obstacles à la confirmation des donations	54
Section III. — Nature des donations confirmées	57
Chapitre III. — Réformes opérées par Justinien	60
Chapitre IV. — Quotité disponible entre époux	66

DROIT FRANÇAIS

Ancien droit.	69
Chapitre I ^{er} . — Epoque franque	71
Chapitre II. — Droit coutumier antérieur à la rédaction des coutumes	75

Chapitre III. — Droit postérieur à la rédaction des coutumes	82
Section I ^{re} . — Division des coutumes	82
Section II. — Etendue et sanction de la prohibition.	84
Section III. — Du don mutuel entre époux	87
Chapitre IV. — Pays de droit écrit	97
Chapitre V. — Edit des secondes noces.	100
Chapitre VI. — Droit intermédiaire	106

CODE CIVIL

Chapitre I ^{er} . — Donations entre époux	113
Section I ^{re} . — Principe de la révocabilité.	113
Section II. — Conséquences de la révocabilité	116
Section III. — Sanctions du principe de la révocabilité	117
Section IV. — Formes de la donation entre époux.	125
Section V. — Nature et effets de la donation entre époux	128
Section VI. — Révocation des donations entre époux	150
Chapitre II. — Quotité disponible entre époux.	156
Section I ^{re} . — Les héritiers réservataires sont des ascendants	157
Section II. — Les héritiers sont des enfants communs	158
Section III. — Les héritiers à réserve sont des enfants de lits précédents	162
Section IV. — Concours du disponible des art. 913, 915 et du disponible des art. 1094, 1098.	165
Positions	173

